جلد ثاني

فهرست مبسوط شرائع الاسلام

كتاب الطلاق ٣٢ ابواب

كتاب النكاح وفيه ابواب ٣٠

كتاب الرضاع وفيه ابواب ٢٣

كتاب دعوى النكاح وفيه ابواب

كتاب المتعة وفيه ابواب

كتاب العتاق ٣٣ ابواب

كتاب المكاتب ٣٠ ابواب

كتاب الولاء ٢٠ ابواب

كتاب الايمان ٣٦ ابواب

كتاب حكم الولد عند اختلاف الزوجين وفيه ابواب

كتاب [illegible] وفيه ابواب

كتاب المتعة والمدبر وفيه ابواب

كتاب ما يقع الفرقة دون الطلاق وفيه ابواب

فهرست مسعود (؟)

كتاب النكاح وفيه ٣١ ١
ابواب

باب نكاح الصغير والصغيرة ٧	باب نكاح البكر ١٣	
باب نكاح الثيب ١٤	باب نكاح بغير ولي ١٦	باب الوكالة في النكاح ١٧
باب الاكفاء ٢٠	باب نكاح بغير شهود ٢٢	باب نكاح اهل الذمة ٢٤
باب نكاح المرتد ٢٨	باب نكاح اهل الحرب ٣٠	باب الهبة في النكاح ٣٢
باب المهور ٣٣	باب الخيار في النكاح ٣٣	
باب العنين ٤٤	باب نكاح الشغار ٤٧	باب نكاح الاكفاء ٤٧
باب نكاح العبيد والاماء ٤٨	باب الرضاع ٥٢	باب الاحصان ٦٣
باب نكاح المتعة ٦٤	باب دعوى في النكاح ٦٦	باب العزل في المملوكة ٦٧
باب النكاح في العقد الموقوف ٦٨	باب النفقة ٧٧	باب نفقة العبيد ٨٣
باب نكاح اهل الذمة ٨٤	باب النفقة في الطلاق والفرقة الزوجة ٨٤	باب حكم الولد عند افتراق الزوجين ٨٨
باب متاع البيت ٩١	باب النفقة على النساء ٩٢	باب النفقة ذوي الارحام ٩٣
كتاب الطلاق ٩٨	باب الرجعة ١٠٣	باب العدة وخروج المرأة من بيتها ١٠٩
باب الرد على من قال اذا طلق لغير السنة لا يقع ١٢٠	باب اللبس والطيب ١٢٠	باب المتعة والمهر ١٢١
باب ما يقع به الفرقة مما يشبه الطلاق ١٢٣	باب طلاق اهل الحرب ١٣١	باب ما لا يقع الطلاق من على المرأة ١٣١
باب الطلاق ١٣٣	باب طلاق الاخرس ١٣٣	باب الشهادة في الطلاق ١٤٣
باب طلاق المريض ١٤٨	باب الولد عند من يكون في الوجه ١٦٣	باب الخلع ١٦٤
باب المشيئة في الطلاق ١٧٤	باب الخيار ١٨١	باب الامر باليد ١٨٤
باب الظهار ١٨٦	باب العتق في الظهار ١٩٠	باب الصيام في الظهار ١٩٣
باب [illegible] ١٩٤	باب الايلاء ١٩٧	باب اللعان ٢٠٣

ب الشهادة في الولاء ٢١٠	كتاب العتاق ٢١٢	ب عتق من ذوي الأرحام ٢١٦	ب حلف بوجوه من العتاق ٢٢٨
ب الشهادة في العتق ٢٢٤	ب عتق العبد بين الشركاء ٢٢٨	ب الشهادة في عتق الشركاء ٢٣٤	ب عتق ما في البطن ٢٣٨
ب العتق على المال ٢٤٢	ب أمهات الأولاد ٢٤٤		

كتاب الشهادة في اللعان ٢١٠ — كتاب العتاق ٢١٢ — باب عتق ذوي الأرحام ٢١٦ — باب جامع لوجوه في العتاق ٢١٨

باب الشهادة في العتق ٢٢٣ — باب عتق العبد بين الشركاء ٢٢٨ — باب شهادة بعض على عتق الشركاء ٢٣٤ — باب عتق ما في البطن ٢٣٨

باب العتق على المال ٢٤٢ — باب أمهات الأولاد ٢٣٤ — باب استيلاد الولد ٢٤٠ — باب دعوى الرجل رق الغلام ٢٤٣

باب ما لا يثبت فيه النسب ٢٤٣ — باب المدبر ٢٤٤ — باب مدبر العبدين ٢٤٧ — باب مدبر ما في البطن ٢٦٠

باب مكاتبة المدبر ٢٦٠ — باب الشهادة على التدبير ٢٦١ — باب المكاتب إذا دبره مولاه ٢٦٢ — باب الأمة الحامل إذا بيعت ٢٦٣

باب المكاتب ٢٦٤ — باب موت المكاتب ٢٦٧ — باب جناية رقيق المكاتب وولده ٢٦٨ — باب مكاتب المكاتب ٢٧١

باب المريض والمرتد ٢٧٣ — باب المكاتب [illegible] من مولاه ٢٧٦ — باب الأيمان في العتق ٢٧٦ — كتاب المكاتب ٢٧٧

باب ما لا يجوز من المكاتب ٢٧٩ — باب مكاتب العبدين ٢٨٢ — باب مكاتب المكاتب ٢٨٤ — باب كتابة العبد على نفسه وولده الصغار ٢٨٤

باب كتابة الوصي ٢٨٦ — باب مكاتبة الأمة الحامل ٢٨٧ — باب مكاتبة الرجلين ٢٨٩ — باب ميراث المكاتب ٢٩٢

باب مكاتبة الرجل شخصا من عبيده ٢٩٤ — باب كتابة العبد المأذون ٢٩٦ — باب مكاتبة العبد الصغير ٢٩٦

باب مكاتبة عبده على نفسه ٢٩٦ — باب الكتابة على الحيوان وغيره ٢٩٧ — باب كتابة أهل الكفر ٢٩٨

باب ضمان المكاتب ٢٩٩ — باب الاختلاف في المكاتبة ٣٠١ — باب مكاتبة المريض ٣٠٢ — باب الخيار في الكتابة ٣٠٣

باب مكاتبة أم الولد والمدبر ٣٠٣ — باب دعوة المكاتب ٣٠٤ — باب كتابة المرتد ٣٠٤ — باب شركة المكاتب وشفعته ٣٠٦

كتاب الولاء ٣٠٧ — باب جر الولاء ٣٠٩ — باب ولاء الموالاة ٣١١ — باب بيع الولاء ٣١٣ — باب عتق الرجل عبده عن غيره ٣١٤

باب الولاء — باب المكاتب والصبي ٣١٢ — باب ولاء الموقوف ٣١٨ — باب الآخر من الولاء ٣١٩

باب ٣٢١ الاقرار بالولاء
باب ٣٢٣ العتق ما في البطن
كتاب ٣٢٤ الايمان
باب ٣٣٢ اليمين الطعام في كفارة اليمين
باب ٣٣٣ الكسوة
باب ٣٣٤ الصيام
باب ٣٣٦ من الايمان
باب ٣٣٦ المساكنة
باب ٣٣٩ الدخول
باب ٣٤١ الاكل
باب ٣٤٤ اليمين في الشراب
باب ٣٤٦ الكسوة
باب ٣٤٧ الوفاء في اليمين
باب ٣٤٩ اليمين في الخدمة
باب ٣٤٩ اليمين في الركوب
باب ٣٤٠ الوقت في اليمين
باب ٣٤١ البشارة
باب ٣٤٢ اليمين في الكفالة
باب ٣٤٢ اليمين في الكلام
باب ٣٤٤ في الاستثناء
باب ٣٤٤ في الادهان والرياحين
باب ٣٤٦ اليمين في العتق

جلد ثاني من المبسوط السرخسي

كتاب النكاح — كتاب الرضاع — كتاب دعوى النكاح

كتاب النفقة — كتاب حكم الولد عند افتراق الزوجين — كتاب الطلاق

كتاب المتعة والمهر — كتاب ما تقع الفرقة مما

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم

كتاب النكاح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام ابو بكر محمد بن ابي سهل
السرخسي رحمة الله تعالى رضي الله عنه املاء اعلم ان النكاح في اللغة عبارة عن الوطي تقول العرب
تناكحت القرى اي تناوحت وتقول انكحنا الفرا فسنرى اي اجتمعوا عليه وينظرون ماذا يتولد منه وحقيقة
المعنى فيه الضم ومنه يقال نكح المطر الارض ... لعزمه وقال القايل ان القبور تنكح الايامى اي يضمهن اليها
واصل الواطئين ينضم الى صاحبه في تلك الحالة فسمي فعلهما نكاحا قال القايل كبكر تحب لذيذ النكاح اي
الجماع وقال القايل والناكحين بشطي دجلة البقر اي الواطئين ثم يستعار للعقد مجازا اما لانه سبب شرعي
يتوصل به الى الوطي او لان في العقد معنى الضم فان احدهما ينضم به الى الاخر ويكونان كشخص واحد
في القيام بمصالح المعيشة وزعم الشافعي ان اسم النكاح في الشريعة يتناول العقد فقط وليس كذلك فقد قال الله تعالى
حتى اذا بلغوا النكاح يعني الاحتلام فان المحتلم يرى في منامه صورة الوطي وقال تعالى الزاني لا ينكح الا زانية والمراد الوطي
وفي الموضع الذي حمل على العقد فذلك لدليل اقترن به من ذكر العقد او خطاب الاولياء في قوله وانكحوا الايامى منكم او
اشتراط اذن الاهل في قوله فانكحوهن باذن اهلهن ثم يتعلق بهذا العقد انواع من المصالح الدينية والدنياوية من ذلك
حفظ النساء والقيام عليهن والانفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ومن ذلك تكثير عباد الله وامة الرسول
عليه السلام وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم بهم كما قال تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة وسببه تعلق البقاء
المقدور به الى وقته فان الله تعالى حكم ببقاء العالم الى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء وهذا التناسل عادة لا يكون الا بين الذكور والاناث
ولا يحصل ذلك بينهما الا بالوطي فجعل الشرع طريق ذلك الوطي النكاح لان في التغالب فسادا وفي الاقدام بغير ملك اشتباه الانساب
وهو سبب لضياع النسل لما بالاناث من بني ادم من العجز عن التكسب والانفاق على الاولاد فتعين الملك طريقا له حتى يعرف
من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته لئلا يضيع وهذه المكاسب ما عليه اصل حال الادمي من الحرية لا يثبت الا بطريق
النكاح فهذا معنى قولنا انه تعلق به البقاء المقدور الى وقته ثم هذا العقد سنون مستحب في قول جمهور العلماء رحمهم الله وعند اصحاب
الظواهر واجب الظاهر الامر به في الكتاب والسنة وبما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعكاف بن خالد الك امراة فقال
لا فقال تزوج فانك من اخوان الشياطين وفي رواية ان كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وان كنت منا فتزوج فان
من سنتنا النكاح وقال المهاجرين من امتي من مات وله زوجة او زوجتان او ثلاث ولان التحرز عن الزنا فرض ولا يتوصل اليه الا
بالنكاح وما لا يتوصل الى اقامة الفرض الا به يكون فرضا وحجتنا ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر اركان الدين من الفرائض
وبين الواجبات ولم يذكر في جملتها النكاح وقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ذلك والصحابة رضوان الله عليهم فتحوا البلاد وتقلدوا الاعمال وهو من الفرائض ولم يذكر في جملة
النكاح وكما يتوصل بالنكاح الى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم اليه قال عليه السلام يا معشر الشباب عليكم بالنكاح
فمن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء وتاويل ما روي انه كان في حق من كان يتوق نفسه الى النساء على
وجه لا يصبر عنهن وبه نقول اذا كان بهذه الصفة لا يسعه ترك النكاح فاما اذا لم يكن بهذه الصفة
فالنكاح سنة له قال عليه السلام ثلاث من سنن المرسلين النكاح والتعطر وحسن الخلق وقال عليه السلام النكاح من سنتي

تكاثروا

يكون به البقاء و به التناسل

فمن رغب عن سنتي فليس مني اي ليس على طريقتي وهذا قال علماؤنا رحمهم الله النكاح افضل من التخلي لعبادة
الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله التخلي لعبادة الله تعالى افضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا يجد الصبر على التخلي
لعبادة الله واستدل بقوله تعالى وسيدا وحصورا اثنى على يحيى عليه السلام بانه كان حصورا والحصور الذي
لا ياتي النساء مع القدرة فدل ان ذلك افضل ولان النكاح من جنس المعاملات حتى يصح
من المسلم والكافر والمقصود به قضاء الشهوة وذلك مما يميل اليه الطبع فيكون مباشرته عملا للنفس وفي
الاشتغال بالعبادة عمل لله تعالى بمخالفة هوى النفس وفيه اشتغال بما خلقه الله تعالى بمخالفة هوى النفس
وفيه اشتغال لاجله قال الله تعالى وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون فكان هذا افضل الا ان تكون
نفسه تواقة الى النساء فحينئذ يكون افضل لان في النكاح معنى تحصين الدين والنفس عن الزنا كما قال
عليه الصلاة والسلام ايما شاب تزوج فقد حصن ثلثي دينه فليتق الله في الثلث الباقي فلهذا كان النكاح افضل
في حقه وحجتنا قوله عليه السلام والصلوة من كان على ديني ودين داود وسليمان عليهم السلام
فليتزوج وقد اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزوج حتى انتهى العدد المشروع المباح له ولا
يجوز ان يقال انما فعل ذلك لان نفسه كانت تواقة الى النساء فان هذا المعنى يرتفع بالمراة الواحدة
ولما لم يكتف بالواحدة دل ان النكاح افضل والاستدلال بحال الرسول عليه السلام اولى من الاستدلال
بحال يحيى مع ان في شريعتهم العزلة افضل من العشرة وفي شريعتنا العشرة افضل من العزلة كما قال
عليه السلام لا رهبانية في الاسلام وقد بينا ان النكاح يشتمل على مصالح جمة فالاشتغال به اولى
من الاشتغال بنفل العبادة على ما اختار الخلفاء الراشدون وليس المقصود بهذا العقد قضاء
الشهوة انما المقصود ما بيناه من اسباب المصلحة ولكن الله علق به قضاء الشهوة ايضا ليرغب
فيه المطيع والعاصي المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الامارة ففيها قضاء
شهوة الجاه والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى اكثر من الرغبة في النكاح حتى تطلب ببذل النفوس
وجر العساكر ولكن ليس المقصود بها قضاء الشهوة من الجاه بل المقصود اظهار الحق والعدل ولكن الله لما
قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع والعاصي فيكون الكل تحت طاعته والانقياد للامر مع ان منفعة
العبادة على العابد مقصورة ومنفعة النكاح لا تقتصر على الناكح بل تتعدى الى غيره وما يكون اكثر نفعا
فهو افضل قال عليه السلام خير الناس من نفع الناس واذا عرفنا هذا فنقول بدا الكتاب فقال بلغنا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها ولا
تسال المراة طلاق اختها لتكفأ ما في صحفتها فان الله هو رازقها وهذا الحديث يرويه رجلان من الصحابة
رضوان الله عليهم ابن عباس وجابر رضي الله عنهما وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومثله حجة
يجوز به الزيادة على الكتاب عندنا وفيه دليل على حرمة النكاح للمراة على عمتها وخالتها لان هذا النهي
بصيغة الخبر وهو ابلغ ما يكون من النهي كما ان الامر قد يكون بصيغة الخبر قال الله تعالى والمطلقات يتربصن
الاية وقال تعالى والوالدات يرضعن اولادهن والنهي يقتضي التحريم ثم ذكر هذا النهي من الجانبين

اما المبالغة في بيان التحريم وازالة الاشكال فربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة عمتها لا يجوز ونكاح
العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين وقوله ولا تسأل المراة طلاق اختها نهي بصيغة الخبر وله
تاويلان احدهما ان يكون المراد به الاخت دينا بان تكون امراتان تحت رجل وهو يحسن اليهما فتجيء الى الزوج احداهما
وتقول طلق صاحبتي لتحول نصيبها اليها وهذا منهي عنه لانه سبب للتحاسد والتنافر وقال عليه السلام لا تحاسدوا
٢ ولا تباغضوا وكونوا عباد الله اخوانا ويكون المراد به الاخت نسبا بان تاتي المراة الى زوج اختها وتقول فارقها وتزوجني
فانا اولى لك وهذا منهي عنه لانه سبب لقطيعة الرحم بينهما وقطيعة الرحم من الملاعن واليه اشار عليه السلام في بعض
الروايات فقال فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم ومعنى قوله لتكفأ ما في صحفتها اي تحول نصيبها الى نفسها وروي
لتكتفي وكلاهما لغة يقال كفأت القدر واكفأته اذا املته وارقت ما فيه وفي بعض الروايات لتكتفي ما في صحفتها ومعناه
لتقنع بما اتاها الله فان الله هو رازقها فهذا خير من ذلك … والصحفة عبارة عن الحظ والنصيب وقد اشتمل
الحديث على الحتم والوعظ والندب فان قوله فان الله هو رازقها وعظ وقوله ولا تسأل ندب لانها لو فعلت ذلك
جاز ولكن لا ينبغي لها ان تفعله وقوله لا تنكح المراة على عمتها حتم اذا فعل ذلك لم يجز النكاح عندنا وقال عثمان
البتي رحمه الله يجوز في غير الاختين لان المحرم بالنص الجمع بين الاختين وهذا ناسخ لما يتلى في القرآن من قوله تعالى و
احل لكم ما وراء ذلكم ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز ولكنا نقول الحديث صحيح مقبول العمل به واجب لكونه مشهورا
نقول الجواز به نسخ الكتاب عندنا او نقول هذا الحديث مبين لما ذكر في الكتاب وليس بناسخ لان الحل في الكتاب
مقيد بشرط مبهم وهو قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين وهذا الشرط مبهم فالحديث ورد لبيان ما هو
مبهم في الكتاب ورسول الله صلى الله عليه وسلم بعث مبينا قال الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم او نقول هذا
الحديث مقرر للحرمة المذكورة في الكتاب فان الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الاختين لان بينهما رحما يفترض
وصلها ويحرم قطعها ففي الجمع قطيعة الرحم على ما يكون بين الضرائر من التنافر والعداوة فبين رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان كل قرابة يفترض وصلها فهي في معنى الاختين في تحريم الجمع والتعيين العمة وابنة الاخ
قرابة يفترض وصلها حتى لو كان احدهما ذكرا والاخرى انثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى صيانة الرحم واذا
ملكه عتق عليه تحرزا عن قطيعة الرحم فكان الحديث مقررا للحرمة المذكورة في القرآن لا ان يكون ناسخا قال
وبلغنا عن عمر رضي الله عنه قال لامنعن فروج النساء الا من الاكفاء وفي هذا دليل على ان للسلطان
يدا في الانكحة فقد اضاف المنع الى نفسه وذلك يكون بولاية السلطنة وفيه دليل ان الكفاءة في
النكاح معتبرة وان المراة غير ممنوعة من ان تزوج نفسها من اكفائها وان النكاح ينعقد
بعبارتها قال وبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال البكر تستأمر في نفسها من اكفائها واذنها
صماتها والثيب تعرب ومعنى قوله تستأمر في نفسها اي في امر نفسها من النكاح فهو دليل على انه ليس
لاحد من الاولياء ان يزوجها من غير استئمارها ابا كان او غيره قيل معناه تستأمر خالية لانها … من
الناس لكيلا يمنعها الحياء من الرد اذا كانت كارهة ولان هيبة الولي عند الناس يردها فتحول واذنها

فكان

ان للسلطان يدا في الانكحة

تستامر

بمنعها

ومصماتها وفي بعض الروايات سكوتها رضاها وقيل على ان رضاها شرط وان السكوت منها دليل
على الرضا فيكتفى به شرعا لما روي ان عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله انها تستحي فقال عليه السلام
سكوتها رضاها ومعنى هذا انها تستحي عن اظهار الرغبة في الرجال واذا استومرت فلها جوابان نعم او لا
وسكوتها دليل على الجواب الذي يحول الحيا بينها وبين ذلك الجواب وهو الرضا دون الاباء اذ ليس في الاباء اظهار
الرغبة في الرجال وقد يكون السكوت دليل الرضا كسكوت الشفيع بعد العلم بالبيع وسكوت المولى عند رؤيته
تصرف العبد عن الحجر وفي قوله والثيب تشاور دليل على انه لا يكتفى بسكوت الثيب لان المشاورة على ميزان
المفاعلة ولا يحصل ذلك الا بالتكلم من الجانبين وبظاهره يستدل الشافعي رحمه الله على ان الثيب الصغيرة لا يزوجها
احد حتى تبلغ فتشاور ولكنا نقول هذا اللفظ يتناول ثيبا لم تكن من اهل المشاورة والصغيرة ليست باهل
المشاورة فلا يتناولها الحديث قال وبلغنا عن ابراهيم رحمه الله قال البكر تستامر في نفسها فلعل بها داء لا يعلم غيرها
قيل معنى هذا لعلها رتقا او قرنا وذلك في باطنها لا يعلم غيرها فاذا زوجت من غير استيمارها لا يحصل المقصود
بالنكاح وينهتك سترها بعناه ولعلها لا تشتهي صحبة الرجال لمعنى في باطنها من غلبة الرطوبة او نحو ذلك
فاذا زوجت بغير استيمارها لا تحسن العشرة مع زوجها وقيل معناه لعل قلبها مع غير هذا الذي تزوجت فاذا زوجت
بغير استيمارها لم تحسن صحبة هذا الزوج ووقعت في الفتنة لكون قلبها مع غيره واي داء ادوأ من العشق قال وبلغنا
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وفيه دليل على ان نكاح الامة على الحرة لا يجوز وان
وان هذه الحرمة ثابتة شرعا رضيت الحرة به او لم ترض وهو مذهبنا وقال مالك يجوز اذا رضيت الحرة قال لان المنع لحق الحرة الا ترى
بدليل انه اذا تقدم نكاح الامة يبقى نكاحها بعد نكاح الحرة والجمع موجود فدل ان المنع لحق الحرة وهو انه يغيظها ادخال
ناقصة الحال في فراشها وذلك ينعدم برضاها ولكنا نقول المنع ليس لحقها بل لانها ليست من المحللات مضمومة الى الحرة
وهي من المحللات منفردة عن الحرة فان المحل نعمة في حقها تنتصف كما تنتصف نعمة الزوج على ما نبينه فاذا تزوجها على الحرة
فهذا حال ضمها الى الحرة وهي ليست من المحللات في هذه الحالة وهذا المعنى لا يزول برضاها فلهذا لا يجوز النكاح والكلام في هذا
الحديث ناسخ لما في الكتاب او مبين بطريق التخصيص على نحو ما بينا في الحديث الاول ثم ذكر هذا اللفظ عن علي رضي الله عنه
ايضا وزاد فيه على النصف من حظ الحرة وزعم بعض العلماء رحمهم الله انه يسوى بينهما على الحل الذي ينبني عليه
النكاح وحظ الامة والحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث وبه نأخذ فان القسم ينبني على الحل الذي ينبني
عليه النكاح وحظ الامة فيه على النصف من حظ الحرة وزعم بعض العلماء رحمهم الله انه يسوى بينهما في القسم كما يسوى
بينهما في النفقة للمساواة بينهما في الملك والحاجة ولكنا نقول لا يسوى بينهما في النفقة ايضا فالحرة تستحق
نفقة نفسها والامة لا تستحق النفقة الا ان يبوئها المولى بيتا مع زوجها قال وبلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال ان بعض العرب كانوا في الجاهلية يستحل الرجل نكاح امراة ابيه فاذا مات ابوه ورث نكاحها عنه فانزل الله عز وجل
قوله ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم الاية وانزل قوله حرمت عليكم امهاتكم الاية وان العرب في الجاهلية كانوا فريقين فريق يعتقد
الارث في منكوحة الاب ويقول ان ولد الرجل اذا لم يكن منها يخلفه في نكاحها كما يخلفه في ملكه فيطاها بغير
عقد جديد رضيت او كرهت وفيه نزل قوله تعالى لا يحل لكم ان ترثوا النساء كرها وبعضهم كانوا يعتقدون انها تحل له بعقد جديد

وانه متى وطئها فهي حرام عليها من غيره وفيه نزل قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم وكانوا في الجاهلية يسمون الولد الذي يكون بينهما ولد المقت
واليه اشار الله تعالى في قوله انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وقوله تعالى الا ما قد سلف معناه الا ما قد سلف ايام في الجاهلية
فانكم لا تؤاخذون به لكن اذا خليتم سبيلهن بعد العلم بالحرمة وقيل معناه ولا ما قد سلف فان الحرمة تكون بمعنى قال الله تعالى — الا قد
الا الذين ظلموا منهم فيكون المعنى كما لا يحل ابتداء العقد بعد نزول الحرمة لا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة لكيلا
يظن ظان ان هذه الحرمة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء كحرمة العدة فاما قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم ففيه بيان
المحرمات والحاصل ان المحرمات اربع عشرة سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب اما من جهة النسب الامهات لقوله تعالى
حرمت عليكم امهاتكم ثم الجدة عليه وكذلك جداته من قبل ابيه او من قبل امه فعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز ان — حرام
يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين ثابتة بالنص لان اسم الامهات يتناولهن مجازا وعلى قول من يقول لا يراد باللفظ — حرمة الجدات
الواحد الحقيقة والمجاز يقول حرمة الجدات ثبتت بدليل الاجماع اذ الامهات هن الاصول وهو حقيقة في
هذا الاسم وذلك يجمع الكل الا ان اطلاق اسم الام في الام الادنى دون غيرها لدليل العرف فعلى هذا يتناولها النص
فيها الجدات حقيقة والثاني البنات لقوله وبناتكم فعلى القول الاول حرمة بنات البنات وبنات البنين وان سفلن — بنتا
ثابتة بالنص ايضا لان الاسم يتناولهن مجازا وعلى القول الاخر ثبتت حرمتهن بدليل الاجماع على ما
بينا والثالث الاخوات ثبتت حرمتهن لقوله تعالى واخواتكم وهن اصناف ثلاثة الاخت لاب وام والاخت لاب
والاخت لام ~~والاخت لاب والاخت لام~~ وهن محرمات بالنص فالاخوة عبارة عن المجاورة في الرحم
او في الصلب فكان هذا الاسم حقيقة للفرق الثلاث والرابع العمات ثبتت حرمتهن لقوله تعالى وعماتكم ويد
خل في ذلك اخوات الاب لاب وام او لاب او لام والخامس والخالات ثبتت حرمتهن لقوله تعالى وخالاتكم
ويدخل في ذلك اخوات الام لاب وام او لاب او لام والسادس بنات الاخ ثبتت حرمتهن لقوله تعالى و
بنات الاخ ويدخل في ذلك بنات الاخ لاب وام او لاب او لام والسابع بنات الاخت ثبتت حرمتهن
بقوله تعالى وبنات الاخت ويستوي في ذلك بنات الاخت لاب وام او لاب او لام واما السبع اللاتي من جهة السبب — ام او لاب
الامهات من الرضاعة ثبتت حرمتهن بقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة والثاني — اولام
الاخوات من الرضاعة بقوله تعالى والحاصل انه يثبت بالرضاع من الحرمة ما يثبت بالنسب قال عليه السلام يحرم — واخواتكم من الرضاعة
من الرضاع ما يحرم من النسب والثالث ام المرأة فان من تزوج امرأة حرمت عليه امها ثبت بقوله تعالى وامهات نسائكم
وهذه الحرمة تثبت بنفس العقد عندنا وكان بشر المريسي وابن شجاع يقولان لا تثبت الا بالدخول
بالبنت وهو احد قولي الشافعي ومذهبنا مذهب عمر وابن عباس رضي الله عنهما واليه رجع ابن مسعود ايضا
حين ناظره عمر رضي الله عنه ومذهبهم مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما واستدلوا بقوله تعالى وامهات نسائكم
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن الاية والاصل ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات
منسوقة بعضها على بعض ينصرف الى جميع ما سبق ذكره ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من تزوج امرأة حرمت عليه امها دخل بها او لم يدخل وحرمت عليه ابنتها ان دخل بها وكان
ابن عباس رضي الله عنهما يقول ام المرأة مبهمة فابهموا ما ابهم الله بين ان الشرط المذكور وهو الدخول ينصرف الى الربائب دون الا

لامهات وهذا هو الظاهر لغة فالنساء المذكورة في قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوضة بالاضافة وفي قوله من
نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضان باداتين لا ينعتان بنعت واحد الا ترى انه لا يستقيم ان يقول مررت بزيد الى عمرو
الظريفين وهو الاصل في اللغة ان معمول الواحد لا يكون بعاملين فلو جعلنا قوله وربائبكم عطفا لصار قوله من نسائكم
مخفوضا بحرف من وبالاضافة جميعا وذلك لا يجوز فعرفنا ان قوله وربائبكم ابتداء بحرف الواو وان امهات النساء
مبهمة كما قال ابن عباس رضي الله عنهما فاما حرمة الربيبة وهي ابنة المرأة لا تثبت الا بالدخول بالام بقوله تعالى من نسائكم
اللاتي دخلتم بهن ولان الربائب ليس في معنى الامهات في الظاهر والعادة الظاهرة ان ام المرأة تبرز الى زوج ابنتها
قبل الدخول واما ابنة المرأة لا تبرز لزوج امها قبل الدخول بالام واختلفت الصحابة رضوان الله عليهم ان الحجر هل
ينتصب شرطا لهذه الحرمة او لا فكان علي رضي الله عنه يقول الحجر شرط لقوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم الاية
لما روي انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت ام سلمة رضي الله عنها فقال لو لم تكن ربيبتي في حجري ما كانت
تحل لي ارضعتني واباها ثويبة وابن مسعود وعمر رضي الله عنهما يقولان ان الحجر ليس بشرط وبه اخذ علماؤنا للحديث الذي
روينا وتفسير الحجر هو ان تبعث الابنة اذا زفت مع الام الى بيت زوج الام فهذه كانت مع ابيها لم تكن في حجر
زوج الام امها وانما ذكر الحجر في الاية على وجه العادة فان ابنة المرأة تكون في حجر زوج امها لا على وجه الشرط مثل قوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ذكر على وجه العادة لا على وجه الشرط الا ترى انه قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم
شرط للحل عدم الدخول فذلك دليل على انه بعد ما دخل بالام لا تحل له البنت قط سواء كانت في حجره او لم تكن ولا تحل
له ان يجمع بين الام والبنت الابنة وان لم يكن دخل بالام لان القرابة التي بينهما اقوى من القرابة التي بين المرأة
وعمتها وقد بينا ان هناك لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهنا اولى فاما اذا طلق الام قبل ان يدخل بها او ماتت تحل له
ان يتزوج البنت الابنة وكان زيد يفرق بين الطلاق والموت فيقول بالموت ينتهي النكاح حتى يتقرر به كمال المهر فينزل
منزلة الدخول ولكنا نقول هذه الحرمة تعلقت شرعا بشرط الدخول فلو اقمنا الموت مقامه كان ذلك بالرأي وكما لا
يجوز نصب الشرط بالرأي لا يجوز اقامة شرط مقام شرط بالرأي فاما حليلة الابن الصلب حرام على الاب سواء دخل الابن
بها او لم يدخل لقوله تعالى وحلائل ابنائكم سميت حليلة لانها حلت للابن من الحل وهو مشتق من الحلول على معنى
انها تحل في فراشه وهو يحل في فراشها وكما تحرم حليلة الابن نسبا فكذلك حليلة الابن من الرضاع عندنا وعند الشافعي
رحمه الله لا تحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على اصله ان لبن الفحل لا يحرم واستدل بالتقييد المذكور هنا بقوله من
اصلابكم ولكنا نستدل بقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمراد بقوله تعالى من اصلابكم
بيان اباحة حليلة الابن من التبني فان التبني قد كان نسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وكان النبي صلى الله عليه وسلم
تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل
قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ففي التقييد هنا الله قطع طعن المشركين وكما تحرم حليلة الابن فكذلك حليلة ابن
الابن وان سفل لان اسم الابن يتناوله مجازا فان قيل ابن الابن كما يكون من صلبه فكيف يصح تعيين هذا التحريم
البين مع هذا التقييد قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه كقوله تعالى هو الذي خلقكم من تراب
والمخلوق من التراب هو الاصل وكذلك منكوحة الاب حرام على الابن دخل بها الاب او لم يدخل لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح

في حجره وإذا كانت

على الابن

لا الام

اباؤكم وكما تحرم على الابن تحرم على السافل من قبل الرجال والنساء جميعا لان اسم الاب يتناول الكل مجازا فاما قوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين معناه حرم عليكم ان تجمعوا بين الاختين لانه معطوف على اول الاية والجمع بين الاختين
وطيا بملك اليمين وهو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر رضي الله عنهم اجمعين فانه قال ما حرم الله من الحرائر شيئا
الا وحرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به الزيادة على الاربع وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما اية وحرمتهما
اية يريد باية التحليل قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم وباية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان يتوقف
في ذلك ولكنا نقول عند التعارض يترجح جانب الحرمة ويتايد هذا بقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم
الاخر ان يجمع ماءه في رحم اختين ولان المراد من قوله وان تجمعوا حرمة الجمع فراشا كما ان قوله حرمت عليكم امهاتكم
يقتضي حرمة الاستفراش باي سبب كان والجمع فراشا يحصل بالوطء بملك اليمين فلهذا يحرم عليه الجمع بينهما فان
تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما جميعا لانه لا وجه لتصحيح نكاح احداهما بغير عينها فان النكاح
عقد تمليك فلا يثبت في المجهولة ابتداء ولا بعينها اذ ليست احداهما باولى من الاخرى ولا يمكن تصحيح نكاحهما
لان الجمع محرم بالنص فتعين البطلان وان نكح احداهما قبل الاخرى فنكاح الاولى جائز لان بهذا العقد لا يصير
جامعا ونكاح الثانية فاسد لان بهذا العقد يصير جامعا بين الاختين فتعين فيه جهة البطلان فيفرق بينهما فان
لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه وان كان قد دخل بها فعليها العدة ولها الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان
الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فيسقط به الحد ويجب المهر والعدة كما اذا زفت اليه غير امرأته وحكم ذلك مروي عن
علي رضي الله عنه فاما وجوب الاقل من المسمى ومن مهر المثل فهو مذهبنا وعند زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان
الواجب عند فساد العقد بدل المستوفى الا ترى ان المقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضمونا بالقيمة بالغة ما بلغت
عند الاتلاف فكذلك المستوفى بالنكاح الفاسد وكنا نقول المستوفى بالوطء ليس بمال فانما يتقوم بالمال بالتسمية الا ان مستوفي
المسمى اذا كان اكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية واذا كان اقل لم تجب الزيادة على قدر المسمى لانعدام
التسمية فيه ولتمام التراضي على قدر المسمى بخلاف المبيع فانه مال متقوم بنفسه فيتقوم بالقيمة
وانما يتحول عنه الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم يصح لفساد العقد كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل
عن امرأته حتى تنقضي عدة الاخرى سواء دخل بالاولى او لم يدخل بها لان رحم المعتدة مشغول
بمائه حكما ولو وطئ امرأته في هذه الحالة صار جامعا ماءه في رحم الاختين وذلك حرام شرعا ولكن اصل
نكاح الاولى بهذا لا يبطل لان اشتغال رحم الثانية عارض على شرف الزوال فلا يبطل ذلك اصل النكاح كالمنكوحة
اذا وطئت بالشبهة فوجبت عليها العدة لا يكون للزوج ان يطأها حتى تنقضي عدتها ولا يبطل نكاحها
قال ولا تتزوج المرأة في عدة اختها منه من نكاح فاسد او جائز عن طلاق بائن وعلى قول الشافعي رحمه الله او غير بائن
ان كانت تعتد من طلاق رجعي فليس له ان يتزوج اختها وان كان من ثلاث او خلع فله ان يتزوج اختها
في عدتها وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله ذكر في الامالي رجوع زيد رحمه الله
عن هذا القول وذكر الطحاوي في قول زيد الاخير انه ليس له ان يتزوجها وحكي ان مروان شاور الصحابة رضي
الله عنهم في هذا فاتفقوا على انه يفرق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وفي حديث السلماني ما اجتمع اصحاب

رسول الله

رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على الاربع قبل الظهر
وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح الاخت المعتدة من طلاق باين
او ثلاث وكان الحسن البصري رحمه الله يقول ان كانت حاملا فليس له ان يتزوج اختها وان كانت حايلا فله ان
يتزوجها وحجة الشافعي ان النكاح مرتفع بينهما بجميع علايقه فيجوز له نكاح اختها كما بعد انقضاء العدة [بجميع]
ودليل الوصف انه لو وطيها وقال علمت انها علي حرام يلزمه الحد ولو جاءت بولد لاكثر من سنتين حين علم ان العلوق
كان في العدة لم يثبت النسب ولو بقيت بينهما علقة من علايق النكاح لسقط به الحد وثبت النسب والعدة الواجبة اثر ماء
محترم لا انها من حقوق النكاح حتى لا تجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة لحق النكاح لا يعتبر فيه توهم الدخول كعدة
الوفاة واذا ثبت الوصف فنقول بان المحرم هو الجمع بينهما نكاحا فلا يصير جامعا بينهما حين لم يبق بينه وبين الاولى علقة من
علايق النكاح والمقصود من هذا التحريم صيانة الرحم عن القطيعة التي تكون بسبب المنازعة بينهما في القسم وذلك لا يتحقق
بعد الخلع والتطليقات الثلاث ولسنا نقول انه معتدة على الاطلاق فليس له ان يتزوج باختها كالمعتدة من طلاق
رجعي وهذا لان العدة من حقوق النكاح الا ترى انها لا تجب بدون النكاح ولا معنى لما قال ان وجوبها للماء المحترم لانه ان اعتبر اصل [او شبهة النكاح]
الماء فهو موجود في الزانية ولا عدة وان اعتبر الماء المحترم فاحترام الماء يكون بالنكاح والدليل عليه ان العدة تختلف بالرق
والحرية واشتغال الرحم بالماء لا يختلف انما يختلف ملك النكاح لتفاوت بينهما في الحل الذي ينبني عليه النكاح فعرفنا انه من
حقوق النكاح ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه انما يبقى اذا كان النكاح متأكدا او متأكده بالموت او بالدخول ولهذا لا تجب
العدة على المطلقة قبل الدخول واذا ثبت انه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة في اثبات الحرمة كما ان حق ملك
اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر في المنع من نكاح امته وكما ان الرضاع في التحريم ينزل منزلة النسب لانه في البعضية
بمنزلة الحق من الحقيقة والدليل عليه انه في جانبها جعل الحق كحقيقة النكاح في المنع من التزوج فكذلك في جانبه ونحن
نسلم ارتفاع ملك النكاح بجميع علايقه انما ندعي بقاء الحق وهذا الحق الحكم عندنا ثبت بدون ملك النكاح فان بالنكاح الفاسد
اصل الملك لا يثبت ثم يكون ممنوعا من نكاح اختها وكما يلزمه الحد اذا وطيها يلزمها الحد اذا مكنت نفسها منه ولا يدل
ذلك على زوال المنع من جانبها فكذلك من جانبه وكما لا يجوز ان يتزوج اختها في عدتها فكذلك لا يجوز ان يتزوج
احدا من محارمها لانهما في معنى الاختين في حرمة الجمع بينهما وكذلك لا يجوز له ان يتزوج اربعا سواها في عدتها
لان الجمع بين الخمس حرام بالنكاح بمنزلة الجمع بين الاختين قال ولا يحل له ان يجمع بين امراتين ذواتي رحم محرم من
نسب او رضاع لان الرضاع في حكم الحرمة بمنزلة النسب وهذا لبيان ان في المنصوص لا يعتبر المعنى وان المعنى من تحريم الجمع
بالنص لصيانة الرحم عن القطيعة فانه ليس بين الاختين من الرضاعة قرابة يفترض وصلها ثم كان الجمع
بينهما حراما فان تزوجهما فهو على ما بينا في الاختين نسبا وفي التفريع هنا قال ان تزوجهما في عقدة ودخل بهما فرق
بينه وبينهما وعليهما العدة وانما تصير كل واحدة منهما شارعة في العدة من وقت التفريق عندنا وقال زفر من اخر
الوطئات وكذلك في كل نكاح فاسد لان وجوب العدة بسبب الوطي فتعتبر من اخر الوطئات ولكنا نقول السبب
الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق الا ترى انه لو وطيها قبل التفريق لا يلزمه الحد وبعد
يلزمه فلا تصير شارعة في العدة ما لم ترتفع الشبهة وذلك بالتفريق بينهما ولئن كان المعتبر هو الشبهة اتم وان وطيها

لا يجب الا مهر واحد لاستناد الوطئيات الى الشبهة واحدة اذا ثبت هذا فنقول بعد ما فرق بينه وبينها ليس له
ان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدة الاخرى لما علمت ان عدة الاخت تمنع نكاح الاخت فان انقضت
عدتهما جميعا فله ان يتزوج ايتهما شاء وان انقضت عدة احداهما فليس له الا ان
يتزوج التي انقضت عدتها لان الاخرى معتدة وله ان يتزوج المعتدة لان الاخرى منقضية العدة وعدة
هذه لا تمنع صاحب العدة من نكاحها انما تمنع غيره من ذلك وكذلك لو كان دخل باحداهما ثم فرق بينه وبينهما
فالعدة على التي دخل بها دون الاخرى وله ان يتزوج المعتدة ولا يتزوج الاخرى حتى تنقضي عدة المعتدة
لما بينا قال فاذا وطئ الرجل امراة بملك يمين او نكاح او فجور حرم عليه امها وابنتها وحرم على ابائه وابنائه
وقال الشافعي ان كان الوطء بنكاح او ملك فكذلك الجواب وان كان بالزنا لا يثبت به الحرمة واستدل بقوله عليه
السلام الحرام لا يحرم الحلال هكذا رواه ابن عباس رضي الله عنهما وروى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
سئل عمن يبتغي من امراة فجورا ثم يتزوج ابنتها فقال لا باس لا يحرم الحرام الحلال وقالت عائشة رضي الله عنها سئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل يبتغي من امراة حراما ثم يتزوج ابنتها فقال يجوز لا يحرم الحرام الحلال انما يحرم
ما كان من قبل النكاح وعلل الشافعي رحمه الله في كتابه فقال النكاح امر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فانى يستويان وعنى
هذا ان ثبوت حرمة المصاهرة بطريق النعمة والكرامة فان الله تعالى من به على عباده بقوله تعالى فجعله نسبا وصهرا
وهو معقول لان امهاتها تصير كامهاته وبناتها كبناته حتى يخلو بهن ويسافر بهن وهذا لا يكون بطريق الكرامة
والزنا المحض سبب لاستحقاق العقوبة فلا يصلح سببا لايجاب الحرمة والكرامة الا ترى انه لا يثبت به النسب
والعدة فكذلك حرمة المصاهرة وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء وقد بينا ان النكاح
للوطء حقيقة فتكون الاية نصا على تحريم موطوءة الاب على الابن فالتقييد بكون الوطء حلالا زيادة ولا
يثبت هذه الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس والدليل عليه ان موطوءة الاب بالملك حرام على الابن بهذه الاية
فدل ان المراد بالنكاح الوطء لا العقد وقد نقل مثل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وابي بن كعب وعمران بن
حصين رضوان الله عليهم بالفاظ مختلفة والمعنى فيه انه وطء في محله فيكون موجبا للحرمة كالوطء بالنكاح وملك
اليمين وتفسير الوصف ان الوطء في هذا المحل حرام لكونه منبتا لان هذا الفعل حرث والحرث لا يكون الا في
محل منبت وكون المحل منبتا لا يختلف بالملك وعدمه وتاثيره ان ثبوت الحرمة بسبب هذا الوطء في الملك ليس لعين الملك
بل لمعنى البعضية لان الولد الذي يتخلق من الماءين يكون بعض كل واحد منهما فتتعدى شبهة البعضية الى امهاتها
وبناتها والى ابائه وابنائه والشبهة تعمل عمل الحقيقة في ايجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بالملك وعدم
الملك الا ان سبب البعضية حرث وانما لا تكون هذه البعضية موجبة حرمة الموطوءة لان البعضية الحكمية عملها
كعمل حقيقة البعضية وحقيقة البعضية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة فاما في موضع الضرورة لا توجب
الا ترى ان حواء خلقت من ادم عليهما السلام فكانت بعضه حقيقة وهي حلال له فكذلك شبهة البعضية انما توجب
الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة وهذا لان العلل الشرعية امارات لا موجبات فانما يثبت الحكم
بها في الموضع الذي جعلها الشرع علة وقد جعل الشرع موضع الضرورة مستثنى من الحرمة بقوله تعالى الا ما اضطررتم

لان الاخرى

لاثبات

وعدم الملك

اليه فاما النسب فعندنا احكام النسب تثبت ولكن الانتساب لا يثبت لان المقصود التشرف به ولا يحصل ذلك
بالنسبة الى الزاني والعدة انما لا تجب لان وجوبها في الاصل باعتبار حق النكاح او الفراش وبين النكاح والسفاح منافاة
فاما انعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة وبعض اصحابنا رحمهم الله يقولون الحرمة تثبت بهذا طريق
العقوبة كما ثبت حرمة الميراث في حق القاتل عقوبة والاصل فيه قوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا الاية
وعلى هذا الطريق يقولون الحرمة لا تثبت حتى لا يباح الخلوة والمسافرة بها ولكن هذا التعليل فاسد فان
التعليل للتعدية بحكم النص لا لاثبات حكم اخر سوى المنصوص فان اثبات الحكم لا يجوز اثباته بالتعليل و
المنصوص حرمة ثابتة بطريق الكرامة فاما يجوز التعليل للتعدية تلك الحرمة الى الفروع لا لاثبات حكم اخر سوى
المنصوص ولكن الصحيح ان نقول هذا الفعل ليس موجب للحل كما قاله لكن مع ذلك حرث للولد ويصلح ان يكون سببا
لثبوت الحرمة والكرامة باعتبار انه حرث للولد الا ترى ان في جانبها الفعل زنا ترجم عليه واذا حملت به كان لذلك الولد
من الحرمة ما لغيره من بني آدم فيكون نسبه ثابتا منها وتحرم عليه وثبوت هذا كله بطريق الكرامة لانه حرث
لا لانه زنا فكل ذلك هنا فبهذا التقرير يتبين فساد استدلالهم بالحديث فانا لا نجعل الحرام محرما للحلال وانما
تثبت الحرمة باعتبار ان الفعل حرث للولد وحرمة هذا الفعل لكونه زنا على ان هذا الحديث غير مجرى على ظاهره فان
كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة من خمر في ماء وكالوطي بالشبهة ووطي الامة المشتركة ووطي الابن جارية الاب
فان هذا كله حرام حرم الحلال الا انه حرام بل المعنى الذي قلنا فكذلك هنا ومن فروع هذه المسئلة ابنة
بنت الرجل من الزنا بان زنا ببكر وامسكها حتى ولدت ابنة حرام عليه نكاحها عندنا وعند الشافعي لا يكون
حرام عليه كما في ابنة الملاعنة التي لم ينكح بالام تولدت واستدل تعالى نص التحريم بقوله تعالى وبناتكم وذكر نسبنا والابنة
المضافة اليه نسبا والابنة من الزنا غير مضافة اليه نسبا بل هي حرام الاضافة اليه نسبا فلو ثبتنا الحرمة فيها كان اثبات
الحرمة بالراي وحجة فارق جانبها فان الابن من الزنا يضاف الى الام نسبا فكانت هي حراما عليه لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وتبين بهذا التقرير ان هذه الحرمة الثابتة شرعا تنبني على ثبوت النسب شرعا والنسبة الى الزاني غير ثابتة
من كل وجه فكذلك ههنا وكذلك في ابنة الملاعنة وعلى القول الاخر يفرق بينهما فنقول النسب هناك كان ثابتا
باعتبار الفراش لكن ثم انقطع باللعان وبقي موقوفا على حقه حتى لو اكذب نفسه يثبت النسب منه ولا يثبت من
غيره واذا ادعاه فيجوز ابقاء الحرمة وهنا النسب لم يكن ثابتا اصلا لانعدام الفراش ولا هو بعرض الثبوت منه ولكن
ولد الزنا بعضه فتكون محرمة عليه كولد الرشدة وهذا لان البعضية باعتبار الماء وذلك لا يختلف حقيقة الملك وعدم الملك
فالولد المخلوق من الماء يكون بعض كل واحد منهما قال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضي الله عنها هي بضعة مني
والبعضية علة صالحة لاثبات الحرمة لان الانسان كما لا يستمتع بنفسه لا يستمتع ببعضه الا ان النسب لا يثبت لا
لانعدام البعضية بل للاشتباه فان الزانية ياتيها غير واحد فلو اثبتنا النسب بالزنا ربما يودي الى نسبته الى
غير ابيه وذلك حرام بالنص وفي جانبها لما كان لا يودي الى هذا الاشتباه كان النسب ثابتا ولان قطع النسب شرعا
لمعنى الزجر عن الزنا فانه اذا علم ان ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا وذلك يوجب اثبات الحرمة لان معنى الزجر عن الزنا به
يحصل فانه اذا علم انه بسبب الحرام حرمة تفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلهذا اثبتنا الحرمة وان لم يثبت النسب

هذا اذا مر فنا هذا فنقول كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطي تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سوى كان
في الملك وفي غير الملك وعند الشافعي لا تثبت الحرمة بالتقبيل والمس عن شهوة اصلا في الملك وغير الملك حتى لو قبل
امته ثم اراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امراة وقبلها بالشهوة ثم ماتت عنده يحل له ان
يتزوج ابنتها بناء على اصله ان حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر في اثبات النسب والعدة وليس للمس والتقبيل عن شهوة
تاثير في اثبات النسب والعدة فكذلك في اثبات الحرمة وقاس بالنكاح الفاسد فان التقبيل والمس فيه لا يجعل كالدخول في
ايجاب المهر والعدة وكذلك في ايجاب الحل للزوج الاول فكذا هنا ولكنا نستدل بالآثار الصحابة رضوان الله عليهم فقد روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا جامع الرجل المراة او قبلها بالشهوة او لمسها بالشهوة او نظر الى فرجها بالشهوة حرمت
على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق قال بيعوا جاريتي هذه اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها
على ولدي من اللمس والقبلة ولان اللمس والتقبيل سبب يتوصل به الى الوطي فانه من دواعيه ومقدماته فيقام
مقامه في اثبات الحرمة كما ان النكاح الذي هو سبب الوطي شرعا يقام مقامه في اثبات الحرمة الا فيما استثناه
الشرع وهي الربيبة وهذا لان الحرمة تنبني على الاحتياط فيقام السبب الداعي الى الوطي فيه مقام الوطي احتياطا وان
لم يثبت به سائر الاحكام كما يقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في اثبات الحرمة دون سائر
الاحكام ولو نظر الى فرجها بشهوة تثبت الحرمة عندنا استحسانا وفي القياس لا تثبت وهو قول ابن ابي ليلى والشافعي
رحمهما الله لان النظر كالتفكر اذ هو غير متصل بها الا ترى انه لا يفسد به الصوم وان اتصل به الانزال ولان النظر لو كان
موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر الى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ولكنا تركنا القياس لحديث ام هانئ رضي الله
عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد
جارية له ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج
امراة وابنتها ثم النظر الى الفرج نوع استمتاع لان النظر الى المحل اما لجمال المحل او للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال
ليكون النظر بمعنى الجمال فعرفنا انه نوع استمتاع كالمس بخلاف النظر الى سائر الاعضاء ولان النظر الى الفرج لا يحل الا في
الملك فهو بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر الى سائر الاعضاء ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر ان تنتشر الالة
او يزداد انتشاره فاما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتبر الا ترى ان هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة
له والنظر الى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر الى الفرج الداخل دون الخارج وانما يكون ذلك اذا كانت
متكئة اما اذا كانت قاعدة مستوية او قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر ثم حرمة المصاهرة بهذه الاسباب تتعدى الى ابائه
وان علوا وابنائه وان سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعا وكذلك تتعدى الى امهاتها والى نوافلها لما بينا
ان الاجداد والجدات بمنزلة الاباء والامهات والنوافل بمنزلة الاولاد فيما يبتنى عليه الحرمة وذكر الكلام المروي عن
ابراهيم النخعي رحمه الله وعلي رضي الله عنه هذا اذا جامع الرجل ام امراته حرمت عليه امراته نقل ذلك عن ابي بن كعب رضي الله عنه وكان المعنى
فيه ان الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك
هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه قال رجل له اربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ثلاثا او واحدة بائنة
او خلعها لم يجز له ان يتزوج اخرى ما دامت هي في العدة لان حرمة ما زاد على الاربع كحرمة الاختين فكما ان

هنا العدة

هذه العدة تعمل عمل حقيقة النكاح في المنع فكذا هنا فان قال اخبرتني ان عدتها قد انقضت فان كان اخبرت في ان
ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قوله ولا قولها ان اخبرت الا ان تفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط
مستبين الخلق او نحوه وان كان ذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة فان صدقته او كانت ساكتة او غائبة فله كانت
ان يتزوج اخرى او اختها ان شاء ذلك وان كذبته في قول علمائنا رحمهم الله وعند زفر ليس له ذلك لان عدتها
باقية فانها امينة في الاخبار عما في رحمها وقد اخبرت ببقاء عدتها والزوج انما اخبر عنها وهي تكذبه في
ذلك فيسقط اعتبار قوله كشاهد الاصل اذا كذب شاهد الفرع او راوي الاصل اذا كذب الراوي عنه والدليل عليه
بقاء نفقتها وسكناها وثبوت نسب ولدها ان جاءت به لاقل من سنتين وبالاتفاق من سنتين اذا حكمنا بثبوت
نسب ولدها يبطل نكاح اختها فكذلك اذا قضينا بنفقتها وحجتنا في ذلك انه اخبر عن امر بينه وبين ربه عز وجل
فكان امينا مقبول القول فيه اذا احتمل كمن قال صمت او صليت وبيان الوصف انه اخبر بحل نكاح اختها ولا حق للمطلقة
في ذلك فان الحل والحرمة من حق الشرع وانما حق العباد فيما باعتبار قيام حق لهم في محل ولا حق لها في محل نكاح اختها
فلا يعتبر تكذيبها فيه والدليل عليه ان مجرد الخبر يثبت له حل نكاح اختها الا ترى انها لو كانت غائبة كان له ان يتزوج باختها ان
ولو بطل ذلك الحق انما يبطل بتكذيبها وتكذيبها يصلح حجة في ابقاء حقها لا في ابطال حق ثابت للزوج والنفقة والسكنى
من حقها فيكون باقيا واما نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا يعتبر تكذيبها في ذلك لان ثبوت الحكم بحسب الحجة وكذلك
ثبوت النسب من حقها وحق الولد لانه يندفع به تهمة الزنا عنها وينتفي به عن الولد ثم من ضرورة القضاء بالنسب الحكم باسناد
العلوق الى ما قبل الطلاق فاذا استند صار الخبر بانقضاء العدة قبل الوضع مستنكرا فلهذا بطل نكاح الاخت بخلاف القضاء
بالنفقة فانه يقتصر على الحال وليس من ضرورة الحكم ببقاء العدة مطلقا فان المال يكثر اسباب وجوبه في الجملة يوضحه ان بها الحكم
من ضرورة القضاء بالنسب القضاء بالفراش فيتبين انه صار جامعا بين الاختين في الفراش وليس من ضرورة القضاء بالنفقة
القضاء بالفراش واكثر ما فيه انه يجتمع عليه استحقاق النفقة للاختين وذلك جائز كما في ملك اليمين قال وان مات لم يكن لها
ميراث وكان الميراث للاخرى هكذا ذكر هنا وذكر في كتاب الطلاق فقال الميراث للاولى دون الثانية ولكن المسئلة وضع
فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها قد انقضت وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان
الطلاق رجعيا فاما اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا وكان في الصحة فلا ميراث للاولى سواء اخبر الزوج بهذا او لم يخبر
ولكن في كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله فلا يقبل قوله في ابطال حقها كما في نفقتها
وهنا وضع في الصحيح ولا حق لها في مال الزوج في صحته فكان قوله مقبولا في بطلان ارثها يوضحه انه بقوله اخبرت
بان الواقع صار بائنا فكأنه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان عندهما للزوج ان يجعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد رحمه الله ومتى كان الميراث
للاولى فلا ميراث للثانية لان بين ارث الاختين منه بالنكاح منافاة ومتى لم ترث الاولى ورثت الثانية قال
وان ماتت في العدة او لحقت بدار الحرب مرتدة حل له ان يتزوج اختها لان لحوقها كموتها فلا تبقى معتدة
بعد موتها فان رجعت مسلمة قبل ان يتزوج اختها فله ان يتزوج اختها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العدة بعد ما سقطت
لا تعود الا بتجدد سببها وعندهما ليس له ان يتزوج اختها لانها لما عادت مسلمة كان لحوقها بمنزلة الغيبة الا ترى

ان يعاد اليها ما لها فتعود معتدة كما كانت وان كان قد تزوج اختها قبل رجوعها ثم رجعت مسلمة فعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان في احدى الروايتين يبطل نكاح الاخت وفي رواية الاخرى لا يبطل ذكر الروايتين عنه في الامالي قال ولا باس بان يتزوج المسلم الحرة من اهل الكتاب لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب الاية وكان ابن عمر رضي الله عنه لا يجوز ذلك ويقول الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وكان يقول يعني بالاية الثانية واللاتي اسلمن من اهل الكتاب ولسنا ناخذ بهذا فان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب فدل ان اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا ولو حملنا الاية الثانية على ما قال ابن عمر لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكان كعب بن مالك رضي الله عنه تزوج يهودية وكذلك ان تزوج الكتابية على المسلمة او المسلمة على الكتابية جاز والقسم للمسلمة والكتابية في ذلك سواء اسرائيلية كانت او غير اسرائيلية وبعض من لا يعتبر قوله يفصل بين الاسرائيلية وغيرها ولا معنى لذلك في الجواز لكونها كتابية واما المجوسية لا يجوز نكاحها للمسلم لانها للمسلم ليست من اهل الكتاب وذكر ابن اسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه ان المجوس اهل كتاب ولكن لما واقع ملكهم اخته ولم ينكروا عليه اسري بكتابهم وهو مخالف للنص فان الله تعالى قال ان تقولوا انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا الاية ولو قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث طوائف وقال عليه السلام سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولئن كان الامر على ما قال علي رضي الله عنه ولكن بعدما نسخ خرجوا من ان يكونوا اهل كتاب فاما نكاح الصابئة يجوز للمسلم عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره ولا يجوز عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك ذبائحهم وهذا الاختلاف بناء على ان الصابئين عندهم فوقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الاوثان وقال الا انهم يخالفون النصارى واليهود فيما يعتقدون فلا يكونون من جملتهم كبني تغلب فانهم يخالفون النصارى في الخمور والخنازير ثم كانوا من جملة النصارى قال ولا باس بان يتزوج الرجل المراة وابنة زوج قد كان لها قبل ذلك يجمع بينهما لانه لا قرابة بينهما وقال ابن ابي ليلى لا يجوز ذلك لان ابنة الزوج لو كان ذكرا لم يكن له ان يتزوج الاخرى لانها منكوحة ابيه وكل امراتين لو كانت احداهما ذكرا لم يجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز كالاختين وكلنا نستدل بحديث عبد الله بن جعفر رضي الله عنه فانه جمع بين امراة علي رضي الله عنه وابنته ثم المانع من الجمع قرابة بين المراتين او ما يشبه القرابة في الحرمة كالرضاع وذلك غير موجود هنا وما قاله ابن ابي ليلى انما يعتبر اذا تصور من الجانبين كما في الاختين وذلك لا يتصور هنا فان امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له نكاح البنت فعرفنا انهما ليستا في معنى الاختين ولا باس بان يجمع الرجل بين امراتين كانتا عند رجل واحد لانه لا قرابة بينهما وكما جاز للاول الجمع بينهما فكذلك يجوز للثاني وكذلك لا باس بان يتزوج المراة ويتزوج ابنه امها او بنتها فان محمد بن الحنيفة تزوج امراة وزوج ابنه بنتها من ابيه وهذا لانه بنكاح الام تحرم هي على ابنه فاما امها وابنتها لا تحرم عليه على ابنه فلهذا جاز لابنه ان يتزوج امها او ابنتها والله اعلم

باب نكاح الصغير والصغيرة

وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول يخالف النصارى في بعض الاشياء ولا تحرم من ان يكون من جملتهم

الملكية بينهما جائزة

قال وبلغنا

قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة بنت ست سنين وبنى بها
تسع سنين وكانت عنده تسعا وفي الحديث جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآبا بخلاف ما يقوله ابن شبرمة
وابو بكر الاصم رحمهما الله انه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فلو جاز التزويج
قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة ولان ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجة المولى عليه حتى ان فيما لا يتحقق فيه الحاجة لا
تثبت الولاية كالتبرعات ولا حاجة بهما الى النكاح لان مقصود النكاح طبعا هو قضاء الشهوة وشرعا هو النسل والصغر
ينافيهما ثم هذا العقد يعقد للعمر ويلزمهما احكامه بعد البلوغ فلا يكون لاحد ان يلزمهما ذلك اذ لا ولاية لاحد
عليهما بعد البلوغ وحجتنا قوله تعالى واللائي لم يحضن بين الله تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعا هو النكاح
وفي ذلك دليل تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله حتى اذا بلغوا النكاح الاحتلام ثم حديث عائشة رضي الله عنها نص فيه
وكذلك سائر ما ذكرنا من الآثار فان قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير يوم ولدت وقال ان مت فهي خير ورثتي
وان عشت فهي ابنة الزبير وزوج ابن عمر رضي الله عنهما بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير رضي الله عنهما وزوج عروة
ابن الزبير ابنة اخيه ابن اخته وهما صغيران ووهب رجل ابنته الصغيرة من عبد الله بن الحسن فاجاز ذلك علي رضي الله
عنه وزوجت امراة ابن مسعود ابنة لها صغيرة ابنا للمسيب بن نخبة فاجاز ذلك عبد الله رضي الله عنه ولكن
ابا بكر الاصم كان اصم لم يسمع هذه الاحاديث والمعنى فيه ان النكاح من جملة المصالح وضعا في حق الذكور و
الاناث جميعا وهو يشتمل على اغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك الا بين الاكفاء والكفو لا يتفق في كل وقت فكانت الحاجة
ماسة الى اثبات الولاية للولي في صغرها لانه لو انتظر بلوغها يفوت ذلك الكفو ولا يوجد مثله ولما كان هذا
العقد للعمر وباعتبار العمر تتحقق الحاجة الى ما هو من مقاصد هذا العقد فيجعل تلك الحاجة كالمتحققة للحال
لاثبات الولاية للولي ثم في الحديث بيان دليل ان الاب او الجد اذا زوج ابنته لا يثبت لها الخيار اذا بلغت
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخيرها ولو كان الخيار ثابتا لها لخيرها كما خيرها عند نزول آية التخيير حتى
قال لها اني اعرض عليك امرا فلا تحدثي فيه شيئا حتى تستشيري ابويك ثم تلا عليها قوله تعالى فتعالين
امتعكن واسرحكن سراحا جميلا فقالت افي هذا استشير ابوي انما اختار الله تعالى ورسوله فلما لم يخيرها هنا
دل على انه لا خيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها ابوها وذكر ذلك في الكتاب عن ابراهيم وشريح رحمهما الله
وابن سماعة رحمه الله ذكر فيه قياسا واستحسانا قال في القياس يثبت لها الخيار لانه عقد عليها عقدا يلزمها
تسليم النفس بحكم ذلك العقد بعد زوال ولاية الاب فيثبت لها الخيار كما اذا آجرها ولكنا تركنا القياس
للحديث ولان للاب وافر الشفقة ينظر لها فوق ما ينظر لنفسه ومع وفور الشفقة هو تام الولاية فان
ولايته تعم المال والنفس جميعا فلهذا لا يثبت لها الخيار في عقده وليس النكاح كالاجارة لان اجارة
النفس ليست من المصالح وضعا بل هو كد وتعب وانما تثبت الولاية فيه على الصغير لحاجته الى التأدب وتعلم
الاعمال وذلك ينعدم بالبلوغ فلهذا اثبتنا لها الخيار قال وفي الحديث دليل على فضيلة عائشة رضي الله عنها
فانها كانت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع سنين حتى توفي عنها وقد احرزت من الفضائل علوما
قال عليه السلام تأخذون ثلثي دينكم من عائشة رضي الله عنها وفيه دليل ان الصغيرة يجوز ان تزف الى زوجها اذا كانت صالحة

للرجال فانها زفت اليه وهي ابنة بنت تسع سنين فكانت صغيرة في الظاهر وجاء في الحديث انهم سمنوها فلما
سمنت زفت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وبلغنا عن ابراهيم رحمه الله انه كان يقول اذا انكح
الوالد الصغير او الصغيرة فذلك جائز عليهما وكذلك سائر الاولياء وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله فقالوا يجوز
لغير الاب والجد من الاولياء تزويج الصغير والصغيرة وعلى قول مالك رحمه الله ليس لاحد سوى الاب تزويج
الصغير والصغيرة وعلى قول الشافعي رحمه الله ليس لغير الاب والجد تزويج الصغير والصغيرة فمالك رحمه الله
يقول القياس انه لا يجوز لاحد تزويجهما الصغير والصغيرة الا انا تركنا ذلك في حق الاب للآثار المروية فبقي
ما سواه على اصل القياس والشافعي رحمه الله استدل بقوله عليه السلام لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر واليتيمة
الصغيرة التي لا اب لها قال عليه السلام لا يتم بعد الحلم فقد نفى في هذا الحديث نكاح اليتيمة حتى تبلغ فتستأمر وفي
الحديث ان قدامة بن مظعون زوج ابنة اخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رضي الله عنهم فردها رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر وهو المعنى في المسألة فانا نقول هذه يتيمة فلا يجوز
تزويجها بغير رضاها كالبالغة وتأثير هذا الوصف ان من زوج اليتيمة لا يكون تام الشفقة عليها والقصور
الشفقة لا تثبت الولاية في المال وحاجتها الى التصرف في مالها مع الحاجة الى في حالة الصغر اكثر من حاجتها
الى التصرف في النفس فاذا لم يثبت للولي ولاية التصرف في مالها مع حاجتها الى ذلك فلان لا يثبت له ولاية التصرف
في نفسها كان اولى وحجتنا قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى الآية معناه في نكاح اليتامى انما
يتحقق هذا الكلام اذا كان يجوز نكاح اليتيمة وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية انها نزلت في
يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن
على سنتهن في الصداق وقالت في تأويل قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن انها نزلت
في يتيمة تكون في حجر وليها لا يرغب في نكاحها لدمامتها اي لقلة جمالها ويزوجها من غيره لكي لا يشاركه في
مالها فانزل الله تعالى هذه الآية فامر الاولياء بتزويج اليتامى او بتزويجهن من غيرهم فذلك دليل على جواز تزويج
اليتيمة وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنة عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة والآثار في جواز
ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضوان الله عليهم والمعنى فيه انه وليها
بعد البلوغ فيكون وليا لها في حالة الصغر كالاب والجد وهذا لان تأثير البلوغ في زوال الولاية فاذا جعل
هو وليا بعد بلوغها بهذا السبب عرفنا انه وليها في حالة الصغر وبه فارق المال لانه لا يستفيد الولاية بهذا
السبب في المال بحال وكان المعنى فيه ان المال يجري فيه الخيانات الخفية وهذا الولي قاصر الشفقة فربما يحمله
ذلك على ترك النظر لها فاما الخيانة في النفس من حيث التقصير في المهر او الكفاءة وذلك ظاهر يوقف عليه ان
فعله غيره عليه تصرفه ولانه لا حاجة الى اثبات الولاية في المال لان الوصي يتصرف في المال والاب يتمكن من
نصب الولي فباعتباره يندفع حاجتها فاما التصرف في النفس لا يحتمل الايصاء الى الغير فلهذا تثبت للاولياء بطريق القيام
مقام الآباء والمراد بالحديث اليتيمة البالغة قال الله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم والمراد البالغون والدليل عليه
انه مد ذلك الى غاية الاستيمار وانما تستأمر البالغة دون الصغيرة وتأويل حديث قدامة بن مظعون رضي الله عنه

لاحد سوى

يتيمتي

تاويل اليتامى البالغون

تأويله انها بلغت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها الا ترى انه روي عن ابن عمر
رضي الله عنهما انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها فاذا ثبت جواز تزويج الاولياء للصغير
والصغيرة فلهما الخيار اذا ادركا في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابن عمر وابي هريرة رضي الله
عنهما وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله ثم رجع فقال لا خيار لهما وهو قول عروة بن الزبير رضي الله عنه قال
لان هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الاب والجد وهذا لان القرابة
سبب كامل لاستحقاق الولاية والقريب بالتصرف ينظر للمولى عليه لا لنفسه وهو قائم مقام الاب في التصرف
في النفس كالوصي في التصرف في المال فكما ان عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الاب فيما قام فعله مقامه فكذلك
عقد الولي وجه قولهما انه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فاذا ملكت امر نفسها كان لها الخيار
كالامة اذا زوجها مولاها ثم اعتقها وهذا لان اصل الشفقة موجود للولي ولكنه قاصر يظهر ذلك
عند المقابلة بشفقة الاباء ويظهر تأثير هذا النقصان حكما حتى امتنع ثبوت الولاية في المال للاولياء فلا
اعتبار وجود اصل الشفقة نفذنا العقد ولاعتبار نقصان الشفقة اثبتنا الخيار لان ثبوت الولاية انما
كان لكيلا يفوت الكفو الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها وانما يتم النظر باثبات الخيار حتى تنظر لنفسها بعد
البلوغ بخلاف الاب فانه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة الى اثبات الخيار في عقده والجد لانه بمنزلة الاب حتى
تثبت ولايته في المال والنفس واما القاضي اذا كان هو الذي زوج اليتيمة ففي ظاهر الرواية يثبت لها الخيار
في النكاح غير الاب والجد اذا ادركا وروى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يثبت الخيار ووجه
تلك الرواية ان للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فتكون ولايته في القوة كولاية الاب ووجه
ظاهر الرواية ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية العم والاخ فاذا ثبت الخيار في تزويج العم والاخ ففي تزويج القاضي
اولى وهذا لان شفقة القاضي انما تكون لحق الدين والشفقة لحق الدين انما تكون لحق اليقين بعد التكلف
فيحتاج الى اثبات الخيار لهما اذا ادركا لينظرا لانفسهما فاما الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وفي اثبات الخيار لهما اذا ادركا عنه روايتان في احدى الروايتين لا يثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الاب
او اكثر والاصح انه يثبت الخيار لهما لقصور الرأي مع وفور الشفقة ولهذا لا يثبت ولايتها في المال وتمام
النظر بوفور الرأي والشفقة فلتمكن النقصان في رأيها اثبتنا لهما الخيار اذا ادركا فان اختار الفرقة بعد
الادراك لم تقع الفرقة الا بحكم الحاكم لان السبب مختلف فيه من العلماء من رآه جائزا ومنهم من ابى وهو غير متيقن
ايضا فان السبب قصور الشفقة ولا يوقف على حقيقته فكان ضعيفا في نفسه فلهذا توقف على قضاء القاضي
وهذا بخلاف خيار الطلاق فان المخيرة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضي لان السبب
هناك قوي في نفسه وهو كونها نائبة عن الزوج في ايقاع الطلاق اذا هي ملكت امر نفسها بتمليك الزوج وهذا
بخلاف خيار العتق ايضا فان المعتقة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضي لان السبب
هناك قوي في نفسه وهو زيادة ملك الزوج عليها فان قبل العتق كان يملك مراجعتها في قرأين ويملك عليها
تطليقتين وعدتها حيضتان وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها ان تدفع الزيادة ولا يتوصل الملك فكما

لانه قال ولهما الخيار في نكاح

لا يكون الام المعتقة

الى دفع الزيادة الا ان في اصل الملك عقد الغلام رضاها يتم بها فكذلك دفع زيادة الملك فاما هنا بالبلوغ لا يزداد
الملك وانما كان ثبوت الخيار لتوهم ترك النظر من المولى وذلك غير متيقن به فلهذا لا يتم الفرقة الا بالقضاء
والحاصل ان الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق في اربعة فصول احدها ما بيناه والثاني ان خيار
المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد الى اخر المجلس كخيار المخيرة وخيار البلوغ في جانبها يبطل بالسكوت لان
المعتقة انما ثبت لها الخيار بتخيير الزوج حيث قال عليه السلام ملكت بضعك فاختاري فيكون بمنزلة الثابت
بتخيير الزوج فاما هنا الخيار يثبت للبكر لانعدام تمام الرضا منها ورضى البكر يتم بسكوتها شرعا الا ترى انها
لو زوجت بعد البلوغ فسكتت كان سكوتها رضا فكذلك اذا زوجت قبل البلوغ ولهذا قلنا لو بلغت ثيبا
لا يبطل خيارها بالسكوت كما لو زوجت بعد البلوغ وكذلك الغلام لا يبطل خياره بالسكوت لان السكوت في
حقه لم يجعل رضا كما لو زوج بعد البلوغ والثالث ان خيار العتق يثبت للامة دون الغلام وخيار البلوغ
يثبت لهما جميعا لان ثبوت خيار العتق باعتبار زيادة الملك وذلك في عتق الامة دون الغلام وثبوت خيار البلوغ
لنقصان شفقة الولي وذلك موجود في حق الغلام والجارية ولان في تزويج الغلام المولى ينظر له لا لنفسه
وفي تزويج الامة ينظر لنفسه باكتساب المهر واسقاط النفقة عن نفسه فلهذا اختلفا في حكم الخيار هناك
وهنا لا يختلف معنى نظر الولي بالغلام والجارية فلهذا يثبت الخيار في الموضعين ولا يقال ان الغلام هنا يتمكن من التخلص
بالطلاق كما في العتق لانه لا يتمكن من التخلص عن المهر بالطلاق ولم يكن متمكنا من التخلص عند العقد بخلاف العبد
فانه كان عند العقد متمكنا من التخلص بالطلاق ووجوب المهر فان وجوب المهر يومئذ كان في مالية المولى وباعتباره
ملك المولى اجباره على النكاح فلهذا افترقا بينهما والرابع ان المعتقة اذا علمت بالعتق ولم تعلم ان لها الخيار لا
يسقط خيارها حتى تعلم به والتي بلغت اذا لم تعلم بالخيار وعلمت بالنكاح فسكتت سقط خيارها لان سبب الخيار في العتق وهو زيادة
الملك حكم لا يعلمه الا الخواص من الناس فيعذر بالجهل وقد كانت مشغولة بخدمة المولى فيعذر بها وليس كذلك فاما خيار
البلوغ فظاهر يعرفه كل احد ولظهوره ظن بعض الناس انه يثبت في نكاح الاب ايضا فلهذا لا تعذر بالجهل
ولانها ما كانت مشغولة بشيء قبل البلوغ وكان سبيلها ان تتعلم ما تحتاج اليه بعد البلوغ فلهذا لا تعذر بالجهل
قال فان اختار الصغير والصغيرة الفرقة بعد البلوغ فلم يفرق القاضي بينهما حتى اذا مات احدهما توارثا لان
اصل النكاح كان صحيحا والفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي فاذا مات احدهما قبل القضاء كان انتهاء النكاح بينهما بالموت
فيتوارثان بمنزلة ما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات احدهما قبل قضاء القاضي وباعتبار هذا المعنى نقول يحل
للزوج ان يطأها ما لم يفرق القاضي بينهما لان اصل النكاح كان صحيحا بخلاف النكاح الفاسد فان اصل الملك لم يكن ثابتا
فلا يثبت حل الوطء والتوارث قال واذا مات زوج الصغيرة عنها بعدما دخل بها او طلقها وانقضت عدتها
كان لابيها ان يزوجها عندنا وعند الشافعي ليس للاب ان يزوج الثيب الصغيرة حتى تبلغ فيستأمرها لقوله
عليه السلام والثيب تشاور فقد علق هذا الحكم باسم مشتق من معنى وهو الثيوبة فيكون ذلك المعنى هو المعتبر
في اثبات هذا الحكم كالزنا والسرقة لايجاب الحد وقد قال عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والمراد بالايم الثيب الا
ترى انه قابلها بالبكر فقال والبكر تستأمر في نفسها والمعنى فيه انها ثيب ترجى مشورتها لا في وقت معلوم فلا يزوجها وليها

بلغ عارضا

بل دون رضاها كالنائمة ولحق عليها وتاثير هذا الوصف الى في الثبوت معنى الاختيار وممارسة الرجال وفي النكاح
في جانب النساء معنيان معنى الضرر باثبات الملك عليها ومعنى المنفعة بقضاء شهوتها فمن ترجح معنى قضاء
الشهوة في جانبها تختار الزوج ومن ترجح معنى ضرر الملك تختار التايم وانما تتمكن من التمييز وبالتجربة لان
لذة الجماع لوصف لا تصير معلوما والتجربة انما تحصل بالثيوبة فكان صفة الثيوبة في حقها نظير البلوغ
في حق الغلام وفي حق التصرف في المال ولهذا تزول ولاية الاستيذان عليها بالثيوبة لان فيه تفويت ما يحدث
في الثاني من الراي وهذا بخلاف المجنونة لان الجنون لا يفقد شهوة الجماع فلو لم يزوجها وليها كان فيه اضرار بها
في الحال والصغيرة تفقد شهوة الجماع فلا يكون في تاخير العقد الى البلوغ معنى الاضرار بها ولانه ليس لزوال الجنون غاية
معلومة لا يدري انه يفيق ام لا وفي تاخير العقد لا الى وقت معلوم ابطال حقها فاما الصغيرة لزوال غاية معلومة
فلا يكون في تاخير العقد الى بلوغها ابطال حقها وحجتنا في ذلك انه ولم من لا راي له لنفسه وما له فيستبد بالعقد عليه
كالبكر وتاثيره ان التزوج باعتبار صغرها اقام رايه الولي مقام رايها في حق الغلام وكما في حق المال وبالثيوبة لا تزول
الصغر وكذلك معنى الراي لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر الا انها ما قضت شهوتها بهذا الفعل ولو ثبت
لها راي فهي عاجزة عن التصرف بحكم ذلك الراي فيقام راي الولي مقام رايها كما انها لما كانت عاجزة عن التصرف
في ملكها اقيم تصرف الولي مقام تصرفها والمراد بالحديث البالغة لانه علق به ما لا يتحقق الا بعد البلوغ وهو
المشاورة وكونها احق بنفسها وذلك انما يتحقق في البالغة دون الصغيرة ولئن ثبت ان الصغيرة مرادة فا
المراد المشورة على سبيل الندب دون الحتم كما امر باستيمار امهات البنات تعالى وامر الغساني الصلاة بناتهن وكان بطريق
الندب فهذا مثله وكما يجوز للاب عندنا ان يزوج الثيب الصغيرة فكذلك يجوز لغير الاب والجد وعند الشافعي لا يجوز لهما في
اصح ما انها يتيمة والنكاح انما يثبت قال واذا اجتمع في الصغيرة اخوان الاب وام فايهما زوج جاز عندنا ومن
العلماء من يقول لا يجوز حتى ما لم يجتمعا عليه لانهما قاما مقام الاب فيشترط اجتماعهما لنفوذ العقد كالموليين
في حق العبد والامة والمعتقة ولكنا نستدل بقوله عليه السلام اذا انكح الوليان فالاول احق وفي هذا تنصيص
على ان كل واحد منهما ينفرد بالعقد والمعنى فيه ان سبب الولاية هو القرابة وهو غير محتمل للوصف
بالتجزي والحكم الثابت ايضا غير متجزي وهو النكاح فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به لثبوت صفة
الكمال في حق كل واحد منهما بكمال السبب وكونه غير محتمل للتجزي كما في ولاية الامان يثبت لكل واحد من
المسلمين بهذا الطريق بخلاف الموليين فان هناك السبب هو الملك او الولاء وذلك متجزي في نفسه فلم
يتكامل في حق كل واحد منهما الا ترى ان احد الموليين لا يرث جميع المال بالولاء وان تفرد به احد الاخوين يرث
جميع المال فلهذا فرقنا بينهما وان كان احد الاخوين لاب وام والاخر لاب فعند نا الاخ لاب وام اولى بالتزويج
وعلى قول زفر يستويان لان ولاية التزويج بقرابة الاب دون قرابة الام فان لولي انما يقوم مقام الاب لقرابته منه وقد استويا في قرابة الاب ولكنا نستدل بحديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال النكاح الى العصبات والاخ لاب وام في العصوبة مقدم وهو المعنى فانه يدلي بقرابتين
فيترجح على من يدلي بقرابة واحدة ويثبت الترجح بقرابة الام وان كان لا يثبت به اصل الولاية كالعصوبة والاصل

المغني

لاب وام

٧

في ترتيب الاوليا لقوله عليه السلام النكاح الى العصبات والمولى عليها لا تخلو اما ان تكون صغيرة فاولى الاولياء عليها
ابوها ثم الجد اب الاب تقوم مقام الاب في ظاهر الرواية وذكر الكرخي رحمه الله انه قول ابي حنيفة رحمه الله فاما
عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله الاخ والجد يستويان لان من اصلهما ان الاخ يزاحم الجد في العصوبة حتى
يشتركان في الميراث فكذلك في الولاية وعند ابي حنيفة رحمه الله الجد مقدم في العصوبة فكذلك في الولاية والا
صح انه قولهم جميعا لان في الولاية معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد فوق شفقة الاخ ولهذا لا يثبت
لها الخيار في عقد الجد كما لا يثبت في عقد الاب بخلاف الاخ ويثبت للجد الولاية في المال والنفس جميعا ولا يثبت
للاخ ولكن لك في حكم الميراث حال الجد اعلى حق لا ينتقص نصيبه عن السدس بحال فلهذا كان في الولاية حينئذ له
الاب الا ترجح الاخوة ثم بعد الاجداد من قبل الاباء وان علوا الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ
لاب ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب على قياس ترتيب العصوبة فاما المجنونة اذا كان
لها ابن فللابن عليها ولاية التزويج عندنا وقال الشافعي رحمه الله ليس للابن ولاية تزويج الام الا ان
يكون من عشيرتها بان كان ابوه تزوج ابنة عمه وهذا بناء على اصل ياتي بيانه من بعد ان عنده المراة لا ولاية
لها على نفسها والولد جزء منها فلا تثبت له الولاية عليها وعندنا تثبت لها الولاية على نفسها فكذلك تثبت
لابنها وحجته في ذلك ان ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه ولا يحصل ذلك باثبات الولاية للابن لانه يمتنع
من تزويج الام طبعا فلا ينظر لها في التزويج ولان فعل ذلك يميل الى قوم ابيه وربما لا يكون كفوا لها الا ان
يكون من عشيرتها فحينئذ يعمل هذا الظهور فاثبتنا له الولاية وحجتنا الحديث النكاح الى العصبات والابن يستحق
العصوبة وهو المعنى الفقهي ان الوراثة نوع ولاية لان الوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا والولاية هي الخلافة في
التصرفات والوراثة لها اسباب الفرضية والعصوبة والقرابة ولكن اقوى الاسباب العصوبة لان الارث بها
متفق عليه ويستحق بها جميع المال فلهذا رتبنا الولاية على اقوى اسباب الارث وهو العصوبة ولا ينظر الى امتناعه من تزويجها
طبعا فان ذلك موجود فيما اذا كان الابن من عشيرتها وهذا لانه اذا خطبها كفوء فلو لم يزوجها الابن حكم القاضي
عليه بالعضل وزوجها بنفسه كما يفعل في ساير الاولياء ثم اختلف اصحابنا رحمهم الله والابن في الاب ايهما احق بالتزويج
فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله الابن احق لانه مقدم في العصوبة الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية
فقط وقال محمد رحمه الله الاب اولى لان ولاية الاب تعم المال والنفس ولا يثبت للابن الولاية في المال ولان الاب ينظر لها
عادة والابن ينظر لنفسه لا لها فكان الاب احق بها في الولاية وبعد هذا الترتيب في الاولياء كالترتيب في اولياء الصغيرة
قال فان زوجها الابعد والاقرب حاضر يتوقف على اجازة الاقرب لان الابعد كالاجنبي عند حضرة الاقرب فيتوقف عقده
على اجازة هذا الولي فان كان الاقرب غايبا غيبة منقطعة فللابعد ان يزوجها عندنا وقال الشافعي رحمه الله يزوجها
السلطان وقال زفر لا يزوجها احد حتى يحضر الاقرب وحجتهم في ذلك ان الابعد محجوب بولاية الاقرب وولايته باقية
بعد الغيبة اذ لا تاثير للغيبة في قطع الولاية الا ترى انه لا يقطع التوارث وان الولاية من حق الولي لطلب الكفاءة فلا
يبطل شي من حقوقه بالغيبة والدليل عليه انه لو زوجها حيث هو جاز النكاح فدل ان ولاية الاقرب باقية اذا
ثبت هذا فالشافعي رحمه الله يقول تعذر عليها الوصول الى حقها من جهة الاقرب مع بقاء ولايته فيزوجها السلطان كما لو

او كبيرة معتوهة فان كانت

اوليائها

عضلها الاقرب

عضلها الاقرب بخلاف ما اذا كان الاقرب صغيرا او مجنونا لانه لا ولاية له عليها والابعد محجوب بولاية الاقرب لا بالغيبة
وزفر رحمه الله يقول الابعد لا يزوجها لبقاء ولاية الاقرب وكذلك السلطان لا يزوجها لان ولاية السلطان متاخرة
عن ولاية الابعد فاذا لم تثبت الولاية للابعد هنا فالسلطان اولى بخلاف ما اذا عضلها لان هناك هو ظالم
في الامتناع من ايفاء حق مستحق عليه فيقوم السلطان مقامه في دفع الظلم لانه نصب لذلك وهنا الاقرب غير ظالم في سفره
خصوصا اذا سافر للحج وهو غير ممتنع من ايفاء حق مستحق عليه ليقوم السلطان مقامه في الايفاء فينتظر حضوره وحجتنا
في ذلك ان ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه حتى لا تثبت الولاية على من هو عاجز عن النظر لنفسه وجعل الاقرب مقدما لان
نظره لها اكثر لزيادة القرب ثم النظر لها لا يحصل بمجرد راي الاقرب بل براي حاضر منتفع به وقد خرج رايه من ان يكون منتفعا
به في هذه الحالة بهذه الغيبة فالتحق بمن لا راي له اصلا كالصغير والمجنون وراي الابعد خلف عن راي الاقرب
وفي ثبوت الحكم للخلف لا فرق بين انعدام الاصل وبين كونه غير منتفع به الا ترى ان التراب لما كان خلفا لان الماء النجس
غير منتفع به في حكم الطهارة فهو كالمعدوم اصلا ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الاقرب فاذا تزوج
الاقرب حتى لو اشتغلت بزوجها كانت الولاية للابعد وكذلك النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك بان
يبعد ماله وجبت النفقة في مال الابعد فاما اذا زوجها الاقرب حيث هو فانما يجوز لانها انتفعت برايه ولكن
هذه المنفعة حصلت لها اتفاقا فلا يجوز بناء الحكم عليه فلهذا تثبت الولاية لهما جميعا فاستويا من هذا الوجه
فكانا بمنزلة وليين في درجة واحدة ولهذا ايهما زوجها يجوز والولاية انما تثبت للقاضي عند الحاجة ولا حاجة
الى ذلك لما ثبتت الولاية للابعد بالطريق الذي قلنا ثم تكلموا في حد الغيبة المنقطعة فكان ابو عصمة سعد بن معاذ
يقول ادنى مدة السفر يكفي لذلك وهو ثلاثة ايام ولياليها لانه ليس لاقصى مدة السفر نهاية فيعتبر الادنى
والبنا ينبني في الكتاب فنقول ارايت لو كان في السواد ونحوه اما كان يستطلع رايه فهذا دليل على انه اذا جاوز
السواد تثبت الولاية للابعد وعن ابي يوسف فيه روايتان في احدى الروايتين قال من جابلقا الى جابلسا وهما مدينتان
احداهما بالمغرب والاخرى بالمشرق فقالوا هذا منه رجوع الى قول زفر رحمه الله في ان الولاية لا تثبت للابعد وانما
ذكر هذا على طريق المثل وفي الرواية الاخرى قال من بغداد الى الري وهكذا عن محمد رحمه الله في رواية قال من الكوفة الى الري
ومن مشايخنا من يقول حد الغيبة المنقطعة ان يكون حولا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون
مفقود الاثر وخبره وقيل ان كان في موضع يقطع الكرا الى ذلك الموضع بدفعة فليست الغيبة بمنقطعة وان كان انما يقطع
الكرا الى ذلك الموضع بدفعتين او اكثر فالغيبة منقطعة وقيل ان كانت القوافل تسير الى ذلك الموضع في كل عام فالغيبة ليست
منقطعة وان كانت لا تسير فالغيبة منقطعة والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره او استطلاع رايه فات
الكفو الذي حضر لها فالغيبة منقطعة وان كان لا يفوت فالغيبة ليست بمنقطعة بعد ما تثبت الولاية للابعد اذا
زوجها ثم حضر الاقرب فليس له ان يرد نكاحها لان العقد عقد بولاية تامة ولا يجوز لغير الولي تزويج الصغير والصغيرة
لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي فان الوصي ليس بولي عندنا في التزويج وقال ابن ابي ليلى للوصي ولاية التزويج لان
وصي الاب قائم مقام الاب فيما يرجع الى النظر للمولى عليه الا ترى انه في التصرف في النفس ومالك رحمه الله يقول ان
نص في الوصاية على التزويج فله ان يزوجها كما لو وكل بذلك في حياته وان لم ينص على ذلك فليس له ان

مدة الغيبة

والاخرى

الاتصال

ان يزوج ولكنا نستدل بما روينا النكاح الى العصبات والوصي ليس بعصبة اذا لم يكن من قرابة فهو كسائر الاجانب
في التزويج فان كان الوصي من القرابة بان كان عما او نحوه فله ولاية التزويج بالقرابة لا بالوصاية ثم لهذا يثبت
لهما الخيار اذا ادركا وان حصل التزويج ممن له ولاية التزويج والتصرف في النفس والمال جميعا لان ولايته في المال
بسبب الوصاية ولا اثر للوصاية في ولاية التزويج فكان وجوده كعدمه وكذلك ان كان في حجر رجل يعولهما فان هذا
الرجل دون حال الوصي فلا يثبت له ولاية التزويج ولان من يعول الصغير انما يملك عليه ما يتمحض منفعة للصغيرة — هو نفع محض
كقبول الهبة والصدقة والحفظ والنكاح ليس بهذه الصفة قال ومولى العتاقة يثبت له الولاية اذا لم يكن هناك — كالحفظ
احد عصبة من جهة القرابة لان العصوبة تستحق بولاء العتاقة وعليه ينبني ولاية التزويج قال والرجل يعرض
النسب اذا لم يكن اقرب منه يعني من العصبات فاما ذوو الارحام كالاخوال والخالات والعمات فعلى قول ابي حنيفة
لهم ولاية التزويج عند عدم العصبات استحسانا وعلى قول محمد لا يثبت وهو القياس وهكذا روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله فيه مضطرب وذكر في كتاب النكاح قوله مع قول ابي حنيفة
رحمه الله وفي كتاب الولاء ذكر في الامالي قوله مع قول محمد ان الام اذا اعتقت الولاء على ولدها لم يصح عندهما والخلاف
في التزويج وعقد الولاء سواء وكذلك في الام وعشيرتها من ذوي الارحام وجه قولهما الحديث النكاح الى العصبات
ولم يوجد وادخال الالف واللام دليل ان جميع الولاية في كتاب النكاح انما تثبت لمن هو عصبة دون من ليس
بعصبة والدليل عليه انه لا يثبت لغير العصبات ولاية التصرف في المال بحال وان مولى العتاقة مقدم عليهم فلو كان
لقرابتهم تاثير في استحقاق الولاية بها لكانوا مقدمين على مولى العتاقة اذ لا قرابة لمولى العتاقة وحجة ابي حنيفة
رحمه الله حديث ابن مسعود رضي الله عنه في اجازة تزويج امراته ابنتها الابنة على ما روينا فان الاصح ان ابنتها
لم تكن من عبد الله فانما جوز نكاحها بولاية الامومة والمعنى فيه وهو ان استحقاق الولاية باعتبار النفقة
الموجودة بالقرابة وهذه النفقة توجد في الام وقرابة الام كما توجد في قرابة الاب فيثبت لهم ولاية التزويج
ايضا الا ان قرابة الاب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفي ثبوته لهؤلاء عند عدم العصبات كاستحقاق
الميراث يكون بسبب القرابة ويقدم في ذلك العصبات ثم يثبت بعد العصبات لذوي الارحام وبه ينتقض قولهم
ان مولى العتاقة في الولاية مقدم على ذوي الارحام فان في الارث ايضا مقدم مولى العتاقة والدليل ذلك على
انه لا يثبت لذوي الارحام اصلا فكذا هذا هنا وعلى هذا الخلاف مولى الموالاة له ولاية التزويج على الصغيرة
والصغيرة اذا لم يكن لهما قريب عند ابي حنيفة رحمه الله وليس له موخر عن ذوي الارحام قال ولا ولاية للكافر و
المملوك على الصغير والصغيرة اذا كان حرا مسلما لان اختلاف الدين يقطع التوارث فكذلك يقطع ولاية التزويج
قال الله تعالى والذين آمنوا ولم يهاجروا الاية نص على قطع الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر حين
كانت الهجرة فريضة فكان ذلك تنصيصا على انقطاع الولاية بين الكفار والمسلمين بطريق الاولى وكذلك
الرق ينفي الولاية حتى يقطع التوارث ولانه ينفي ولايته عن نفسه فلان ينفي ولايته عن غيره اولى واما
الكافر فيثبت له ولاية التزويج على ولده الكافر كما تثبت للمسلمين قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء
بعض والدليل عليه جريان التوارث فيما بينهم كما يجري فيما بين المسلمين قال ولانكحة الكفار فيما بينهم حكم الصحة الا على

قول مالك رحمه الله فانه يقول انكحتهم باطلة لان الجواز نعمة وكرامة ثابتة شرعا والكافر لا يجعل اهلا لذلك و
لكنا نستدل بقوله تعالى وامراته حمالة الحطب فلو لم يكن لهم نكاح لما سماها امراته وقال عليه السلام ولدت من نكاح
ولم اولد من سفاح فهذه نعمة كما قال ولكن الاهلية لهذه النعمة باعتبار صفة الادمية وبالكفر لم يخرج من
ان يكون من بني آدم فلا يخرج من ان يكون اهلا لهذه النعمة قال ولو زوج الاب ابنته الصغيرة ممن
لا يكافيها او زوج ابنه الصغير امراة ليست بكفوة له جاز في قول ابي حنيفة رحمه الله استحسانا ولم يجز عندهما وهو
القياس وكذلك لو زوج ابنته باقل من صداق مثلها او ابنه باكثر من صداق مثلها بقدر ما لا يتغابن الناس
فيه يجوز عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما هكذا قال في الكتاب ولم يبين ماذا لا يجوز حتى ظن بعض اصحابنا ان الزيادة
والنقصان لا يجوز واما اصل النكاح صحيح لان المانع هنا من قبل المسمى وفساد التسمية لا يمنع صحة النكاح كما لو ترك
التسمية اصلا او زوجها بخمر او خنزير ولكن الاصح ان النكاح لا يجوز هكذا فسره في الجامع الصغير وجه
قولهما ان ولاية الاب مقيدة بشرط النظر ومعنى الضرر في هذا العقد ظاهر فلا يملكها الاب بولايته كما
لا يملك البيع والشرى في ماله بالغبن الفاحش والدليل عليه انه لو زوج امته بمثل هذا الصداق لا يجوز فاذا زوجها
اولى ولا ولاية عليها دون ولاية المراة على نفسها ولو زوجت هي نفسها من غير كفو او بدون صداق مثلها
يثبت حق الاعتراض للاولياء فهذا اولى ولكن ابو حنيفة رحمه الله ترك القياس لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم تزوج عايشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم وزوجها منه ابو بكر رضي الله عنه وزوج فاطمة رضي الله
عنها من علي رضي الله عنه على صداق اربعمائة درهم ومعلوم ان ذلك لم يكن صداق مثلها لانه كان صداق مثلها
هذه لفضلها لانها مجمع الفضايل فلا صداق في الدنيا يوازي بذلك هذا الصداق والمعنى فيه ان النكاح يشتمل على مصالح
ومقاصد واغراض جمة والاب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه فالظاهر انه انما قصر في الكفاءة والصداق
لتوفير سائر المقاصد عليها وذلك انفع لها من الصداق والكفاءة فكان التصرف واقعا بصفة النظر فيجوز
كالوصي اذا صالح في مال اليتيم جاز ذلك لحصول النظر بتصرفه وان كان هو في الظاهر يعطي ماله لغير واجب وهذا بخلاف
تصرف الاب في المال لانه لا مقصود هناك سوى المالية فليس بازاء هذا النقصان ما يجبره وهذا بخلاف ما اذا
زوج امته لان سائر مقاصد النكاح لا تحصل للصغير والصغيرة هنا انما يحصل للامة ففي حق الصغير قد انعدم
ما يكون جبرا للنقصان وبخلاف العم والاخ فانه ليس لهما شفقة وافرة فيحتمل تقصيرهما في الكفاءة والمهر على
معنى ترك النظر والميل الى الرشوة لا لتحصيل سائر المقاصد وبخلاف المراة في نكاح نفسها لانها سريعة الانخداع
ضعيفة الراي متابعة للشهوة عادة فانما يكون تقصيرها والصداق في الكفاءة بمتابعة الهوى لا لتحصيل سائر المقاصد
على ان سائر المقاصد يحصل لها دون الاولياء والسبب عدم الكفاءة والنقصان في الصداق يتعير الاولياء وليس بازاء
هذا النقصان في حقهم ما يكون جابرا فلهذا يثبت لهم حق الاعتراض قال واذا اقر الولي على الصغير والصغيرة بالنكاح
لم يثبت النكاح باقراره ما لم يشهد به شاهدان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت النكاح باقراره
وانما يتبين هذا الخلاف فيما اذا اقر الولي عليهما ثم ادركا فكذباه واقام المدعي عليهما بعد البلوغ شاهدين باقرار
الولي بالنكاح او اقر الولي على الصغيرة بالنكاح او جاء انسان وادعى النكاح على الصغير والصغيرة بين يدي وليه فاقر بذلك

الولي هل يثبت النكاح على قول ابي حنيفة لا يثبت الا باقامة الشاهدين فنا القاضي ينصب خصما عن جهة الصغير والصغيرة حتى
ينكر فتقيم البينة وعندهما يثبت باقرار الولي وعلى هذا الخلاف الاختلاف الوكيل من جهة الرجل والمراة اذا اقر على موكله با
لنكاح وكذلك للولي اذا اقر على عبده بالنكاح فهو على هذا الخلاف ايضا واما اذا اقر على امته بالنكاح صح اقراره با
الاتفاق فهما يقولان لان اقر بما يملك انشاءه فيصح كالمولى اذا اقر على امته وهذا لان الاقرار خبر محتمل مشتمل بين
الصدق والكذب فاذا اقر بما لا يملك انشاءه تتمكن التهمة في اخراج الكلام مخرج الاخبار واذا اقر بما يملك انشاءه لا
يكون متهما في اخراج الكلام مخرج الاقرار لتمكنه من تحصيل المقصود بطريق الانشاء الا ترى ان المطلق اذا قال قبل
انقضاء العدة كنت راجعتها كان مصدقا بخلاف ما لو اقر بذلك بعد انقضاء العدة وابو حنيفة رحمه الله يقول هذا
اقرار على الغير والاقرار على الغير لا يكون حجة لانه شهادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحكم يقضي كونه مالكا للانشاء
فنقول هو لا يملك انشاء هذا العقد الا بشاهدين كما قال عليه السلام لا نكاح الا بشهود فلا يملك الاقرار به الا من
الوجه الذي يملك الانشاء وهكذا نقول اذا ساعده شاهدان على ذلك كان صحيحا اعتبارا للاقرار بالانشاء
وهذا بخلاف الامة فان المولى هناك يقر على نفسه لان بضعها مملوك للمولى واقرار الانسان على نفسه صحيح
مطلقا من غير ان يكون ذلك معتبرا بالانشاء فاما في حق العبد الاقرار عليه لا على نفسه فلا يملكه الا من الوجه الذي يملك
الانشاء واصل الاختلاف يشكل باقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم فانه لا يكون صحيحا وان كان هو الذي يملك الانشاء الا
ستدانة قال واذا كان للصغيرة وليان فزوجها كل واحد منهما رجلا فان علم ايهما اول اجاز نكاح الاول منهما لقوله
عليه السلام اذا انكح الوليان فالاول احق وهذا لان الاول صادف عقده محله وعقد الثاني لم يصادف محله لانها
بالعقد الاول صارت مشغولة وان لم يعلم ايهما اول او وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا وجه لتصحيحهما و
لا لاحدهما لانه ليس احدهما باولى من الاخر فتعين جهة البطلان فيهما جميعا قال واذا تزوج الصغير امراة فاجاز
ذلك وليه جاز عندنا لان الصبي العاقل من اهل العبارة عندنا ولكن يحتاج الى انضمام راي الولي الى مباشرته ليحصل
تمام النظر فاذا اجاز الولي جاز وكان ذلك كمباشرة الولي بنفسه حتى لا يثبت له الخيار اذا بلغ وعلى قول الشافعي لا ينفذ باجازة
الولي لان من اصله ان عبارة الصبي غير معتبرة في العقود وكذلك ان جاز عندنا ولم يجز عند الشافعي رحمه الله لان اصله
ان العقود لا تتوقف على الاجازة وعلى هذا لو زوجت الصغيرة نفسها فاجاز الولي ذلك جاز عندنا ولم يجز عند الشافعي
رحمه الله لهذين المعنيين وبمعنى ثالث ان عبارة النساء عنده لا تصلح لعقد النكاح وان كان المجيز غير الاب والجد
فلمعنى رابع على قوله ايضا وهو ان هذا المجيز لا يملك مباشرة التزويج وان ابطل الولي عقدهما بطل وان لم
يتعرض له بالاجازة ولا بالابطال حتى بلغا فالراي اليهما ان اجازا ذلك العقد جاز كما لو اجازه الولي في صغرهما ولا
ينفذ بمجرد بلوغهما الا ان يجيزا لان النظر عند مباشرتهما لم يتم لصغرهما ونفوذ هذا العقد يعتمد تمام النظر فلهذا
يعتبر اجازتهما بعد البلوغ قال واذا زوج الاب ابنته الصغيرة وضمن لها المهر عن زوجها فهو جائز لانه في نفسه
زعيم والزعيم غارم وهذا بخلاف ما اذا باع مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح الضمان لان ثبوت
حق قبض الثمن للاب هناك بحكم العقد لا بولايته عليه الا ترى ان بلوغه الاب هو الذي يقبض الثمن دون الصبي وفيما
وجب بحكم عقده فهو كالمستحق لان حقوق ذلك العقد تتعلق بالعاقد ولهذا لو ابرا المشتري عن الثمن كان صحيحا

فاذا ضمن

فاذا ضمن الثمن عن المشتري كان في معنى الضامن لنفسه فلا يصح فاما ثبوت حق قبض الصداق للاب بولاية الابوة الا
بمباشرته عقد النكاح لان حقوق العقد النكاح لا تتعلق بالعاقد الا ترى انها لو بلغت كان القبض اليها دون الاب فكان
في هذا الضمان كسائر الاجانب ولو ضمن الصداق لها اجنبي اخر وقبل الاب ذلك كان الضمان صحيحا فكذلك اذا ضمنه
الاب فاذا بلغت ان شاءت طالبت الزوج بالصداق بحكم النكاح وان شاءت طالبت الاب بحكم الضمان واذا اداه الاب
لم يرجع على الزوج لانه ضمن بغير امره وان كان ضمن عن الزوج بامره فحينئذ يكون له ان يرجع عليه اذا ادى فان كان
هذا الضمان في مرض الاب ومات منه فهو باطل لانه قصد ايصال النفع الى وارثه وتصرف المريض فيما يكون فيه ايصال النفع
الى وارثه باطل قال واذا زوج ابنه الصغير في صحته وضمن عنه المهر جاز يعني اذا قبلت المراة الضمان ثم اذا ادى الاب
لم يرجع بما ادى على الابن استحسانا وفي القياس يرجع عليه به لان غيره لو ضمن بامر الاب وادى كان له ان يرجع
به في مال الابن فكذلك الاب اذا ضمن لان قيامه ولايته عليه في حالة الصغر بمنزلة امره اياه بالضمان عنه بعد البلوغ
الا ترى ان الوصي لو كان هو الضامن بالمهر عن الصغير وادى من مال نفسه ثبت له حق الرجوع في ماله فكذلك الاب
ووجه الاستحسان ان العادة الظاهرة ان الاباء يتحملون هذا عن الابناء وفي الرجوع لا يطمعون والثابت بدلالة
العرف كالثابت بالنص فلا يرجع به الا ان يكون شرط ذلك في اصل الضمان فحينئذ يرجع به لان العرف انما يعتبر
عند عدم التصريح بخلافه كتقديم المائدة بين يدي انسان يكون اذنا له في التناول بطريق العرف فان قال له
لا تاكل لم يكن ذلك اذنا فهذا مثله بخلاف الوصي فان عادة التبرع في مثل هذا غير موجودة في حق الاوصياء يكفي
من الوصي ان لا يطمع في مال اليتيم فلهذا يثبت له حق الرجوع اذا ضمن وادى من مال نفسه فان مات الاب
قبل ان يؤدي فهذه صلة لم تتم للابن لان تمام الصلة يكون بالقبض ولم يوجد ولكنها بالخيار ان شاءت
اخذت الصداق من الزوج وان شاءت من تركة الاب بحكم الضمان لان الاستحقاق كان ثابتا لها في حياته لا
بحكم الكفالة فلا يبطل ذلك بموته واذا استوفت من تركة الاب رجع سائر الورثة بذلك في نصيب الابن او عليه ان كان
قبض نصيبه وقال زفر رحمه الله لا يرجعون لان اصل الكفالة انعقد غير موجبة للرجوع عند الاداء بدليل انه لو اداه في
حياته لم يرجع عليه فبموته لا يصير موجبا للرجوع ولكنا نقول انما لا يرجع في حياته اذا ادى لتحقق الصلة وقد بطل ذلك
بموته قبل التسليم فكان هذا بمنزلة ما لو ضمنه عنه بعد البلوغ بامره واستوفاه من تركته وان كان هذا الضمان
في مرض الاب الذي مات فيه فهو باطل لانه تبرع منه على ولده بضمان الصداق عنه وتبرع الوالد على ولده في
مرضه باطل وكذلك كل دين ضمن عن وارثه او لوارثه ثم مات فضمانه باطل لما بينا قال والمجنون المغلوب بمنزلة
الصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير ويستوي ان كان جنونه اصليا او طاريا وعلى قول زفر رحمه الله في المجنون
الاصلي كذلك الجواب بان بلغ مجنونا فاما في الجنون الطاري لا يكون للولي عليه ولاية التزويج لانه ثبتت له الولاية
على نفسه عند بلوغه والنكاح يعقد للعمر لا تتجدد الحاجة اليه في كل وقت فيتبصر وهو من اهل النظر لنفسه يقع الا
ستغناء فيه عن نظر الولي بخلاف المال فان الحاجة تتجدد اليه في كل وقت ولكنا نقول الولاية لعجز المولى عليه عن النظر
لنفسه والجنون الاصلي والعارض في هذا سواء فربما لم يتفق له كفؤ في حالة افاقته حتى جن او ماتت زوجته بعد ما
جن فيتحقق الحاجة في الجنون الطاري كما تتحقق في الجنون الاصلي والله تعالى اعلم

باب النكاح السر

كتقديم المائدة ... انسان اذن

بمنزلة الصبي

قالوا اذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهي بكر فبلغها فسكتت فهو رضا منها والنكاح جائز عليها وان ابت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى يجوز العقد وهو قول الشافعي رحمه الله واحتج بقوله عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفي ولاية الاستبداد للولي بالتصرف دليل على انه يستبد بتزويج البكر ولان هذه بكر فيملك ابوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا ان بالبلوغ لا يحدث لها رأي في باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأي هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه ان للاب ان يقبض صداقها بغير امرها اذا كانت بكرا فاذا جعل في حق قبض الصداق كانها صغيرة حتى يستبد الاب بقبض صداقها فكذلك في تزويجها وحجتنا في ذلك حديث ابو هريرة وابي موسى الاشعري رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوجها ابوها وهي كارهة وفي حديث اخر قال في البكر يزوجها ابوها فان سكتت فقد رضيت وان ابت لم تكره وفي رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابي زوجني من ابن اخيه وانا له كارهة فقال عليه السلام اجيزي ما صنع ابوك فقالت ما لي رغبة فيما صنع ابي فقال عليه السلام اذهبي فلا نكاح لك انكحي من شئت فقالت اجزت ما صنع ابي ولكني اردت ان يعلم النساء ان ليس للآباء من امور بناتهم شيء ولم ينكر عليها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر انها بكر او ثيب فدل ان الحكم لا يختلف وفي الحديث المعروف البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها فدل ان اصل الرضا منها معتبر والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث اصلا فانه يقول في حق الاب والجد لا يشترط رضاها وفي تزويج غير الاب والجد لا يكتفى بسكوتها وما علق في حديث احز من الحق بها بصفة الثيوبة فالمراد به في حق الضم والتفرد بالسكنى يعني ان للولي ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ما تريده ان الحرية والخطاب من صغار موثرة في ولاية استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات كما في حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة ما تريده في عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان وبهذا لا يثبت ولاية الافتيات عليه كما في المال فان الظاهر ان من بلغ لا يكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لا يوقف على حقيقته ويختلف فيه احوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيرا للامر على الناس وسقط اعتبار اهتداء الذي يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة ويسقط اعتبار الجهل الذي يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التي الا ... غير مهتدية كالتي بلغت ثم اعتبر رضاها في تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح يصح فلو كان بقاء صفة البكارة في حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز اقرارها بالنكاح فاما قبض الصداق فنحن نقول لو نهت الاب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكن عند عدم النهي له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ليجهزها بذلك مع مال نفسه لتبعث بها الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لا توجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لا يكون فصار الاب في المرة الثانية كسائر الاولياء قال وان سكتت حين بلغها عقد الاب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك تقام سكوت البكر

مقام رضاها

وكان محمد بن مقاتل رحمه الله يقول اذا استامرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص واما اذا بلغها العقد فسكتت
لا يتم العقد لان الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لا يكون اجازة وهذا لان هذا ليس في معنى المنصوص
فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزما فلا يثبت ذلك بمجرد
السكوت ولكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان عند الاستيمار لها جوابين نعم او لا فيكون سكوتها دليل على
الجواب الذي يحول الحيا بينها وبين ذكره وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد
فلها جوابان اجزت او رددت فيجعل السكوت دليل على الجواب الذي يحول الحيا بينها وبين ذكره وهو الا
جازة قال وكذلك لو ضحكت لان الضحك ادل على الرضا بالعقد من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط
والكراهة وقد قال بعض المتاخرين رحمهم الله هذا اذا كان البكاء لها صوت كالويل فاما اذا خرج الدمع من عينها
من غير صوت البكاء لم يكن هذا ردا بل هي تحزن على مفارقة بيت ابويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان
ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا منها والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس
قال فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وانا اريد ان ازوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اخطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة فان كرهت
ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفي رواية كان يقول ان فلانا يخطبك فان
كرهتيه فقولي لا فانما طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل ان السكوت يكتفى للرضا وفي الكتاب اشترط
تسمية الصداق في الاستيمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان رغبتها يكون باختلاف الزوج وان الاب
لا يقف على مرادها من الزوج واما في حق الصداق فالاب يعلم مرادها في ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى
تسمية ذلك مع انه في اصل النكاح لا اصل تسمية الزوجين لا المهر ففي الاستيمار اولى وبعض المتاخرين يقولون لا
بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة والذي بيناه في الاب هو
الحكم في ساير الاولياء فهذا دليل على ان الاستيمار انما يكون معتبرا من الولي الذي يملك مباشرة العقد فاما الاجنبي
اذا استامرها فسكتت لم يكن له ان يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استيمار الاجنبي فكانها قالت
ما لك والاستيمار حين لم يكن بسبيل من العقد الا ان يكون الذي استامرها رسول الولي فحينئذ الرسول قايم مقام
المرسل وحكي عن الكرخي رحمه الله ان سكوتها عند استيمار الاجنبي يكون رضا لانها تستحي من الاجنبي اكثر مما تستحي
من الولي قال واذا قالت البكر لم ارض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله
القول قول الزوج لانه يتمسك بما هو الاصل وهو السكوت والمراة تدعي عارضا وهو الرد فيكون القول قول
من يتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضي المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وانكره صاحبه
فالقول قوله لتمسكه بما هو الاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشتري اذا اختلفا فقال الشفيع
علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول المشتري لتمسكه بما هو الاصل كذلك هنا
ولكنا نقول الزوج يدعي تملك بضعها وهذا امر حادث وهي تنكر ثبوت الملك عليها فكانت هي المتمسكة بالا
صل معنى فكان القول قولها كما لو ادعى اصل العقد وانكرت وهذا لان ما قاله زفر رحمه الله نوع ظاهر والظاهر

وبالمسموع

اختلاف

المشروط

يكفي لدفع الاستحقاق ولا يكفي لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفي الحقيقة المسئلة تنبني
على مسئلة اخرى وهو انه اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وقال المولى
قد دخلت فعند زفر رحمه الله القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق
والظاهر لهذا لا يكفي ولان عدم الدخول شرط العتق ولا يكتفى بثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا ههنا رضاها
شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك فاما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله ولو
قال علمت امس وطلبت امس وقال المشتري لا بل طلبت الان فالقول قول المشتري لان حاجة المشتري الى دفع
استحقاق الشفيع والظاهر يكفي للدفع وكذلك في باب البيع فانه سبب لزوم العقد وهو مضي مدة الخيار
قد ظهر فحاجة الاخر الى دفع الاستحقاق من عود الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان اقام الزوج البينة على سكوتها
ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد تستحلف وهي
في ستة اشياء في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والنسب والولاء وعندهما تستحلف في ذلك كله فيقضى
بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصل الاستيلاد ايضا اذا ادعت الامة على مولاها بانها اسقطت سقطا مستبين الخلق
وصارت ام ولد بذلك فهو على هذا الاختلاف وحجتهما في ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء
فيها بالنكول فانه قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل وانما يثبت به ما يثبت مع
الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص بالنكول لانه لا يندرئ بالشبهات وانما يثبت بالنكول لانه بدل عن
الاقرار وابو حنيفة رحمه الله يقول هذه الحقوق لا يجري فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في
النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل
بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن ابذل لك ذلك من نفسي او قال انا حر الاصل ولكن ابذل لك
نفسي لتسترقني لا يعمل بذله اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن ابذل لك لاتخلص من خصومتك
كان بذله صحيحا وتاثيرها ان النكول بمنزلة البذل لا بمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا استوصل المدعي الى حقه مع
بقاء المدعى عليه محقا في انكاره واذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا في انكاره وذلك لا يجوز الا بحجة
ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة منه اقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به ادنى ما يثبت بترك المنازعة و
هو البذل فرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين القصاص في النفس فان هناك يستحلف فان نكل لا يقضى
بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم امر الدم الا ترى ان الايمان في القسامة شرعت مكررة وفي هذه
المسائل اليمين في النفس ليست بمقصودة وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء
بالنكول فلا حاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد بان كان يثبت بالابدال من الحد نذكر لا يقبل على
انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحد ولا يجري فيه الاستحلاف قال فان
كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم ارض لا تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها ادل على
الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط فهذا دون
الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك له فيها واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها

غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزوم العقد عليها ايضا قال
واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام او الفعل يكون دليل الرضا لان في حق الانثى
السكوت جعل رضا لعلة الحيا وذلك لا يوجد في الغلام فانه لا يستحيي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر
محمود في الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل التخنث فلهذا لا يقام سكوته رضاه قال واذا ما
زوج البكر لان صفة البكارة قايمة والحيا التي هي علة قائمة فان بوجوب العدة والمهر لا يزول الحيا فلهذا
يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة او نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولا يكتفي بسكوتها
في هذا الموضع لانها ثيب وقال عليه السلام والثيب تشاور فاما اذا زنت يكتفي بسكوتها عند التزويج عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفي بسكوتها الا انها ثيب لان الثيب اسم لامراة يكون
مصيبها عايدا اليها مشتق من قولهم ثاب اي رجع والبكر اسم لامراة مصيبها يكون اول مصيبها لان البكارة
عبارة عن اول الشيء ومنه يقال لاول النهار بكرة ولاول الثمار باكورة ثم الدليل عليه انها تستحق من الوصية
للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيبا وجب مشورتها بالنص فلا يجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا
لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحيا بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستحي عن اظهار الرغبة في الرجال على اخس
الوجوه فكيف تستحي من الرغبة على احسن الوجوه بخلاف حياء البكر فانه حياء كرم بالطبيعة وذلك امر محمود وهذه لو كان
فيها حياء انما هو استحياء من ظهور الفاحشة وعندنا ورد فيه النص ولكن ابو حنيفة رحمه الله يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها
رضا لا للبكارة بل لعلة الحيا فان عائشة رضي الله عنها لما اخبرت انها تستحي فحينئذ قال سكوتها رضاها وعلة الحيا هنا موجودة
فانها وان ابتليت بالزنا مرة لفرط الشبق او كراهة على الزنا لا يذهب حياها بل يزداد لان في ذلك الاستنطاق ظهور فا
حشتها وهي تستحي من ذلك غاية الحياء وهذا الاستحيا محمود منها لانها سترت على نفسها وقد امرت بذلك
قال عليه السلام من اصاب من هذه القاذورات شيا فليستتر بستر الله وقيل ان هذا الفعل انما كانت لا تستنطق لان
الاستنطاق دليل ظهور رغبتها في الرجال فاذا سقط نطقها في موضع ان يكون النطق دليل رغبتها في الرجال على
احسن الوجوه فلان يسقط نطقها في موضع دليل رغبتها في الرجال على اخس الوجوه كان اولى بخلاف ما اذا وطيت
بشبهة او نكاح فاسد لان الشرع اظهر ذلك الفعل عليها حين الزمها العدة والمهر واثبت النسب لكل الفعل
وهنا الشرع ما اظهر عليها ذلك اذ لم يعلق به شيئا من الاحكام وامرها بالستر على نفسها فان اخرجت واقيم عليها
الحد فالصحيح انه لا يكتفي بسكوتها ايضا بعد ذلك اذ صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون انه يجب
هذين الفصلين يكتفي بسكوتها ايضا لانها بكر شرعا الا ترى انها تدخل تحت قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام ولكن هذا ضعيف فان الموطوة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر
بقاء صفة الحيا ولو زالت بكارتها بالوثبة او الطفرة او بطول التعنيس يكتفي بسكوتها عندنا وفي احد قولي الشافعي
رحمه الله هي بمنزلة الثيب ايضا الا ان البيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشتري بهذه الصفة كان له
ان يردها فدل انها ليست ببكر بعد ما اصابها ولكنا نقول هي بكر لان مصيبها اول مصيب لها انها ليست
بعاهرة والعادة بين الناس انهم باشتراط البكارة في الشراء يريدون صفة العذرة فلهذا تثبت حق الرد فاما هنا الحكم

نعلم بالحياء او بصفة البكارة وهما قائمان الا ترى ان عائشة رضي الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقالت ارايت لو وردت واديين احدهما رعاه احد قبلك والاخر لم يرعه احد
الى ايهما تميل فقال عليه السلام الى التي لم يرعها احد قبلي فقالت انا كذلك فعرفنا انها ما لم توطا فهي بكر قال واذا
زوج البكر ابوها من رجل وزوجها اخوها من رجل اخر بعده فاجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب وهو بناء
على اصلنا فان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر ابا او اخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها
بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فلهذا نكاح الاب قال واذا زوجها وليها بغير امرها فلم يبلغها
حتى ماتت هي ومات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح
الصحيح المنتهي بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه احدهما لم يتوارثا قال وان زوجها
ابوها وهو عبد او كافر فرضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو اذنت في الابتداء نفذ
عقده باذنها فكذلك اذا اجازت في الانتهاء ولكن لا نقول سكوتها رضى هنا لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة
في عقد غير الولي الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلهذا
لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ما قلنا ان الصحيح في استيمار الاجنبي انه لا يكتفى بسكوتها قال واذا زوج
البكر وليها بامرها وزوجت هي نفسها فايهما هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها
واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري ايهما اول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لا يمكن تصحيح نكاحهما فان
المراة لا تحل لرجلين وليس احدهما باولى من الاخر ففرق بينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بامرها والثيب والبكر في هذا
سواء لما بينا قال واذا زوج البكر وليها فاخبرها بذلك فقالت لا ارضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد
بطل بينهما بردها وانما رضيت بعد ذلك العقد بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف
لانها في المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك مما يكون منها ثم لا يزال بها اولياؤها بعد ذلك حتى تقول رضيت ولو لم
يتجدد العقد لكانت زوجة للاجنبي فلهذا استحسنوا تجديد العقد عند الزفاف قال وان استومرت في
نكاح رجل خطبها فابت فزوجها الولي منه فسكتت فهو رضاها لانها لما ابت بطل استيمارها فكانه زوجها
من غير استيمارها فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل يقول هنا لا يكون سكوتها رضا لانها قد صرحت
بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ولكنا نقول قد تسخط المراة الشيء في وقت وترضى به في وقت
اخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضا بعد العقد والله تعالى اعلم

باب النكاح بغير ولي

قال بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان امراة زوجت ابنتها برضاها فجاء اولياؤها فخاصموها الى علي رضي الله
عنه فاجاز النكاح وفي هذا دليل ان المراة اذا زوجت نفسها او امرت غير الولي ان يزوجها فزوجها

باب نكاح الثيب

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج بنته وهي كارهة وهي ثيب ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينها وبين الذي زوجها منه ابوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المراة كانت ثيبا لان الراوي قال وهي ثيب
غير صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب على الثيب لا ينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا يكون للشافعي
رحمه الله في هذا الحديث تعلق في البكر لان نص هذا الحكم في حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة فانه خص الثيب

بالذكر

بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لا يدل على ان الحكم في غيرها بخلافه ثم في الحديث دليل على ان الولي اذا
امتنع من التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن ارادت فزوجها رسول الله صلى الله
عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولي لانها هي التي تعاشر الازواج
فانما تحسن العشرة مع مختاره دون من يختاره الولي قال واذا زوج الثيب ابوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها
رضا بالنكاح لان الاصل في السكوت ان لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما اقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت
بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفى بسكوتها الا عند الاستيمار ولا اذا بلغها
العقد والله اعلم باب النكاح بغير ولي قال بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان امراة زوجت ابنتها
برضاها فجاء اولياؤها فخاصموها الى علي رضي الله عنه فاجاز النكاح وفي هذا دليل ان المراة اذا زوجت نفسها
او امرت غير الولي ان يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله قال سواء كانت بكرا او ثيبا
اذا زوجت نفسها جاز النكاح وفي ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفوا لها او غير كفو فالنكاح صحيح
الا انه اذا لم يكن كفوا لها فللاولياء حق الاعتراض وفي رواية الحسن رحمه الله ان كان الزوج كفوا لها لم يجز وكان ابو
يوسف رحمه الله يقول اولا لا يجوز تزويجها من كفو او غير كفو اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج
كفوا لها جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفوا لها وذكر الطحاوي قول
ابي يوسف رحمه الله ان الزوج ان كان كفوا لها امر القاضي الولي باجازة العقد فان اجازه جاز وان ابى
ان يجيزه لم ينفسخ ولكن يجيزه القاضي فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها
من كفو او غير كفو فان اجازه الولي جاز وان ابطله بطل الا انه اذا كان الزوج كفوا لها ينبغي للقاضي ان يجدد العقد
اذا ابى الولي ان يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد
النكاح بعبارة النساء اصلا سواء زوجت نفسها او ابنتها او امتها او توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء من يقول
ان كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز لها ان تزوج نفسها بغير
رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم اصحاب الظواهر اما من شرط الولي استدل بقوله فلا تعضلوهن ان
ان ينكحن ازواجهن وقال الشافعي رحمه الله وهذا ابين اية في كتاب الله تعالى تدل على ان النكاح لا
يجوز بغير ولي لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان دخل بها
فلها المهر بما استحل من فرجها الا وكس ولا شطط فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي
الحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وفي حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وفي حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المراة المراة ولا المراة نفسها انما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عائشة رضي الله
عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن والمعنى فيه انها منقوصة بنقصان
الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كثير

جاز النكاح وان لم يكن كفوا لها
لا يجوز النكاح اصلا
او غير كفو لها

وتفاصيل شريفة ولهذا اظهر الشارع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره
يجعل مباشرته مفوضة الى اولى الراي الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان
عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله ان عقدها يتوقف على
اجازة الولي كما ان عقد الصغير العاقل يتوقف على اجازة الولي وعلى قول الشافعي رحمه الله لا ينعقد العقد بعبارتها
اصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغير عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء اذا وضعت نفسها
في غير كفوء ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة
الولي بالتزويج فلو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولي به والدليل على اعتبار نقصان
عقلها انه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شيء بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق واما من جوز النكاح
بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وبقوله
تعالى ان ينكحن ازواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الايات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل
المنع حسا بان يحبسها في بيت ويمنعها من ان تتزوج او هذا خطاب للازواج فانه قال في اول الاية و
اذا طلقتم النساء الاية وبه نقول ان من طلق امراته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج
بزوج اخر ومن الاخبار قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او
ثيبا وهذا هو الصحيح عند اهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله فالايم من النساء كالعزب من الرجال بخلاف
ما ذكر محمد رحمه الله ان الايم اسم للثيب وقد بينا هذا في شرح الجامع وقال عليه السلام ليس للولي مع الثيب امر وحديث
الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني اردت ان يعلم النساء ان ليس للاباء من امر
بناتهن شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ام سلمة رضي الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان او
ليائي غيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس في اوليائك من لا يرضى بي قم يا عمر فزوج امك من رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان خاطبه عمر بن ابي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضوان الله عليهم جواز النكاح بغير ولي
وان عايشة زوجت بنت اخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غايب فلما رجع قال
او مثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله عنها او ترغب عن المنذر والله لتملكنه امرها وبهذا تبين ان ما روي
من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح فان فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل على وهن الحديث وقد دار
ذلك الحديث على الزهري وانكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي ثم هو محمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها
او على الصغيرة او على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التي وردت على هذا يحمل او على بيان الندب لان المستحب
ان لا تباشر المراة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها والمعنى فيه انها تصرفت في خالص حقها ولم يلحق الضرر بغيرها
فينفذ تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف ان النكاح من نفع بمهر المثل خالص حقها بدليل ان لها ان تطالب
الولي به ويجبر الولي على الايفاء عند طلبها وهي من اهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها
وكفت الولي مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه واستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك
هنا والدليل عليه ان اختيار الازواج اليها بالاتفاق والتفاوت في حق الاغراض والمقاصد انما تقع باختيار الزوج

لا بمباشرة العقد

لا بمباشرة العقد كان نقصان عقلها عبرة لما كان اليها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على
نفسها فلو كانت بمنزلة الصغيرة ما صح اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت
بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على العنين ويجعل عند طلبها فلو كانت كالصغيرة لما وجب التفريق بطلبها وانما يثبت
للولي حق مطالبة الولي لنوع من المروة وهو انها تستحيي من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا
منها وقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن ان يخطب على خطبة اخيه ولو فعل جاز
لان هذا النهي لنوع من المروة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفو فقد الحقت الضرر بالاولياء
فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن انفسهم كما ان الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه
ولان طلب الكفاءة لحق الاولياء فلا يقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود اصل عقدها في حق نفسها كاصل النشر
يكون اذا كانت كان للاولياء ان يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله قال اذا زوجت من غير كفو
لم يجز النكاح اصلا وهو اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاضي يعدل فكان الاحوط
سد باب التزويج من غير كفو عليها وبهذا الطريق قال ابو يوسف رحمه الله الاحوط ان يجعل عقدها موقوفا
على اجازة الولي ليندفع الضرر عن الولي الا ان الولي اذا فصل بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بان لم يكن كفوا لها
فسخه وان قصد الاضرار بها بان كان الزوج كفوا لها لم يصح فسخه ولكن القاضي يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم
مقامه في العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله يقول لما توقف العقد على اجازة الولي لتمام الاحتياط فكما ينفرد باجازته
ينفرد بفسخه وبعدما انفسخ فليس للقاضي ان يجيزه ولكن ليباشر العقد بنفسه اذا تحقق العضل منه
من الولي وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفو ثم مات احدهما قبل المرافعة الى القاضي يتوارثا على
قول ابي حنيفة رحمه الله ظاهر وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع
الضرر عن الولي ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولي وانما انتهى النكاح الصحيح بالموت فيجري التوارث وعلى قول محمد رحمه الله لا
يتوارثان لان اصل العقد كان موقوفا وفي العقد الموقوف وفي عقد النكاح الموقوف لا يجري التوارث وعلى
هذا الوطء منها او الى منها صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد وان كانت قصرت في مهرها فزوجت
نفسها بدون صداق مثلها كان للاولياء حق الاعتراض حتى يبلغ لها مهر مثلها او يفرق بينهما في قول
ابي حنيفة رحمه الله وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت للاولياء حق الاعتراض الا ان قول محمد رحمه الله
لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه اذا اكرهت المراة والولي على ان يزوجها باقل من
مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المراة وابى الولي ان يرضى فليس له ذلك في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان المهر
من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها الا ترى ان اليها الاستيفاء والابراء والتصرف فيه كيف شاءت والتصرف منها
فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للاولياء حق الاعتراض وابو حنيفة رحمه الله يقول انها الحقت الضرر بالا
ولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفو وبيان ذلك ان الاولياء يتفاخرون بكمال مهر
مثلها ويعيرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات عادة وفيه يقول القائل وما ابالي ان تكون جارية
اختان صدق وبمهور الغاليه ومع طوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة ايضا فان من تزوج

منهن بعد هذا العقد مهرا فانما يقدر مهرها بمهورهن فعرفنا ان في ذلك ضررا عليهن وانما يعير نساء ا
العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض فاما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفى وبقي المهر
خالص حقها فان شاءت استوفت وان شاءت ابرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية اصل المهر في
الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل ان يدخل بها كان لها نصف ما سمى لها لان الطلاق
قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج من ملكها وذلك سبب لسقوط
البدل الا انا اوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم فلا يجب الزيادة على ذلك وان
فرق القاضي بينهما وان كان قبل الدخول بها فلا شيء عليه لانه فسخ اصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها شيء
وان ولت المراة امرها رجلا فزوجها كفوا فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله لا يجوز ذلك
كما لا يجوز تزويجها نفسها اذ في نسخ ابي حفص قال الا ان يكون لها ولي فحينئذ يجوز وهذا شيء رواه ابو رجا
بن ابي رجا عن محمد رحمه الله فانه قال سالته عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال ترفع امرها
الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت في موضع لا حاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفين رحمه الله قلت وما
قال تولي امرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول ابي حنيفة رحمهما الله في النكاح بغير ولي وعلى ذلك يبنى
مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثا قبل ان يجيز الحاكم والولي عقدها يكون هذا ردا للنكاح وهو
قول محمد رحمه الله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يقع التطليقات الثلاث فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
وعند محمد لا يقع الطلاق ولكن يكون هذا ردا للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانيا قبل ان تتزوج بزوج اخر
لاختلاف العلماء رحمهم الله واشتباه الاخبار في جواز النكاح بغير ولي ولانه يرى نكاح امراة تحل لغيره من يتزوجه
امراة لا تحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعا عليها والله اعلم

باب الوكالة في النكاح

قال واذا خطب الرجل امراة على رجل غايب لم يامره فزوجته نفسها او زوجها
ابوها برضاها فقدم الغايب او بلغه ذلك فاجاز النكاح فهو جايز عندنا وقال الشافعي رحمه الله هو باطل
بناء على اصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وهي مسالة في البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على
الاجازة ولكن كل عقد لو سبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازة فاذا اجازه في
الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه في الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الا
نتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد اضافا الى محل قابل للعقد فينعقد
به الانعقاد اذ لا ضرر على الغايب في انعقاد العقد وانما الضرر عليه في ابرام العقد وقد تراخى الابرام عن اصل
العقد فيثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمام ونفوذ حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا
للضرر عنه ولو ان الغايب وكل هذا الحاضر بكتاب يكتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها
فزوجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشي يخطب ام حبيبة
فزوجها النجاشي منه صلى الله عليه وكان هو وليها بالسلطنة وروي انه زوجها منه قبل ان يكتب اليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بكتابه وكلاهما حجة لنا على ان النكاح يلحقه الاجازة وان

لخطبته

الخطبة بالنكاح تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم تؤدي
عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب
لعظم خطر امر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مامورا بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يا ايها
الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الآفاق يدعوهم الى الدين وكان
ذلك تبليغا تاما فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت
زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما في حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا
بشهود ولو قالت بين يدي الشهود قد زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح ايضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين
المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كان حين بلغها الكتاب قرأته على
الشهود وقالت ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح لانهم سمعوا كلام
الخاطب باسماعها اياهم اما بقراءة الكتاب او العبارة عنه وسمعوا كلامها حين اوجبت العقد بين ايديهم فلهذا
تم النكاح وهو بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال هناك بعت هذا العبد من فلان بكذا جاز وان لم يكن
بحضرة الشهود او كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما في حق الحاضر الا انه ذكر في
الكتاب في البيع انه اذا كتب اليه ان بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا في هذا فقالوا ان البيع لا ينعقد
بهذين اللفظين من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك مني بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه
لا بد في البيع من لفظين هما عبارة عن الماضي بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين احدهما عن الماضي
والآخر عن المستقبل والشافعي سوى بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله ان البيع يقع بغتة وفلتة فقوله بعني
يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فاما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقل ما يقع بغتة
فقوله زوجني يكون احد شطري العقد يوضح الفرق ان قوله زوجيني نفسك تفويض للعقد اليها وكلام الواحد
في باب النكاح يصلح لتمام العقد اذا كان الامر مفوضا اليه من الجانبين فيمكن ان يجعل قولها زوجت نفسي عقدا
تاما وفي باب البيع كلام الواحد لا يصلح لتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضا اليه من الجانبين فكان
قوله بعني منك شطر العقد فلا بد من ان ينضم اليه الشطر الثاني ليصح فاذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله هنا بيان
الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود دون اللفظ الذي ينعقد البيع او نقول قوله بعني من الحاضر يكون استياما
عادة فاما من الغائب اذا كتب اليه فقوله بعني يكون احد شطري العقد عادة فاذا انضم اليه الشطر الثاني تم البيع فان
جاء الزوج بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهم الله حتى يعلم الشهود ما في الكتاب وهو قول ابي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود
ما في الكتاب واصل الخلاف في كتاب القاضي الى القاضي عند ابي يوسف رحمه الله تجوز الشهادة على الكتاب والختم
وان كان لا يعلم الشهود ما في الكتاب وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله لا يجوز ذلك لان الشهود دون ذلك والكتاب
الكتاب ولكن استحسن ابو يوسف رحمه الله فقال قد يشتمل الكتاب على سر لا يعجبهم اعلام الشهود دون ذلك اذا كان
الكتاب مختوما تومن الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحا ثم في هذا الكتاب قال يجوز عند ابي يوسف رحمه الله مختوما

كان او غير مختوم وذكر في الامالي ان الكتاب اذا كان غير مختوم لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله اصلا وعند
ابي يوسف لا يجوز الا ان يعلم الشهود ما فيه واذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فعن
ابي يوسف فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذي قلنا قال ويجوز
للواحد ان ينفرد بالعقد عند الشهود وعلى الاثنين اذا كان وليا لهما جميعا او وكيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله
لا يجوز اصلا وقال الشافعي رحمه الله ان كان وليا جاز وان كان وكيلا لا يجوز اما زفر يقول النكاح عقد معاوضة
فلا يباشره الواحد من الجانبين جميعا كعقد البيع وهذا قياس يوافقه الاثر وهو ما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل والشافعي رحمه الله يجوزه ويستدل في الوكيل من
الجانبين انه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة في توكيل الواحد من الجانبين بخلاف الولي فانه ما اذا كان وليا من
الجانبين فلا نفي يتعين العقد بعبارته ضرورة لان اكثر ما في الباب ان يامر غيره من احد الجانبين فيكون مامورا
قائما مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلنا في الاب اذا باع مال الولد من
نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره وحجة قول علمائنا رحمهم الله قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا
في اليتامى اي في نكاح اليتامى فهو دليل على ان للولي ان يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون
ان تنكحوهن دليل على ان للولي ان يزوج وليته من نفسه وفي الحديث ان ... رضي الله عنه اتوه
بشيخ مع جارية فساله عن قصتهما فقال انها ابنة عمي واني خشيت انها اذا بلغت ترغب عني فتزوجتها فقال احسن بيك
امراتك والمعنى فيه ان العاقد في باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح ان يكون معبرا عن الواحد يصلح
ان يكون معبرا عن اثنين ودليل الوصف انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه
وبين البيع فانه يستغني عن اضافة العقد الى غيره في البيع فكان مباشرا للعقد لا معبرا يوضحه ان حقوق العقد
في باب البيع تتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام لانه يكون مطالبا ومطالبا
مسلما متسلما مخاصما ومخاصما وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدي الى احكام متضادة و
لهذا قلنا يبيع الاب مال الولد من نفسه لانه في جانب الصغير يكون ملزما اياه حقوق العقد بولايته عليه
حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك الى الابن دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدي الى تضاد الاحكام يوضحه
ان البيع لا يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدي الى هذا المعنى اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى
ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في الكتابة ان الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل
فاما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد في الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر كما في النكاح
والحجة لهم هذا الحديث لان هذا النكاح قد حضره اربعة معنى فانه اذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثنى
من حيث المعنى لاعتبار كل وصف على حدة فان كان هذا الواحد وليا او وكيلا من احد الجانبين يعقد لآخر
وفضوليا من الجانب الاخر ولم يكن وليا ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضولي باشر النكاح بحضرة
الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يجز في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول وجاز في قوله الاخر
وكذلك لو قال الرجل بين يدي الشهود اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ولم يخطبها احد فبلغها فاجازته او قالت

المرأة بين يدي

بين يدي الشهود اشهدوا اني زوجت نفسي من فلان ولم يخاطبه عنه احد فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف
ولو قبل فضولي من جهة الغايب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو اجاز يجوز وابو يوسف رحمه الله
يقول الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء واذا كان كلام الواحد في باب النكاح عقدا تاما باعتبار الاذن
في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة في الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كلام الواحد
ثم لما كان عقدا تاما عند الاذن كان عقدا موقوفا على اجازة الغايب عند عدم الاذن وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
قالا النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما
وراء المجلس كما في البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه اصلا وتحقيقه ان
قول الرجل طلقت فلانة بكذا او اعتقت عبدي فلانا بكذا يكون تعليقا للطلاق والعتاق بالقبول كان
تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغها فقبلت وقع لوجود الشرط وفي النكاح قوله زوجت فلانة لا يمكن
ان يجعل تعليقا لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد والدليل على هذا انه لو
قال الزوج بحضرتها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقا بالشرط
لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات ما يقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله لها انت طالق
ان شئت يقتصر على وجود المشية في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف ما اذا كان مامورا من الجانبين
لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قايما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعنى
وهنا لا تنتقل عبارته الى الغير لانه غير مامور به فاذا بقي مقصورا عليه كان شطر العقد والدليل عليه
انه لو قال لها تزوجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لا يتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك
المجلس فكذا اذا قال ذلك وهي غايبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين
خاطب احدهما عن الرجل والاخر عن المراة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو
كان وكيلين كان كلام مهما عقدا تاما فكذلك اذا كان بين فضوليين يكون كلامهما عقدا موقوفا
قال وليس للعاقد في باب النكاح وليا كان او وكيلا حق قبض مهرها بدون امرها لما بينا انه معبر لا يتعلق
به شيء من حقوق العقد وكما لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون اليه قبض البدل
وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه و
اليه اشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من استحل الفرج الا ان للاب في حق ابنته البالغة ان
يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه قال واذا ارسل الى المراة رسولا حرا او عبدا
صغيرا او كبيرا ذكرا او انثى فاسقا او عدلا فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل
اليه ولكل واحد من هولاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام
جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس فالادمي المميز اولى ان يصلح لذلك فاذا ابلغ الرسالة فقال
ان فلانا يسالك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جايزا اذا اقر الزوج بالرسالة
بالرسالة واقام عليه البينة لان الرسول ينقل عبارة المرسل فكانه خاطبها بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي

اذا

الشهود وقد سمع الشهود كلامهما ايضا فكان نكاحا لسماعهما كلام المتعاقدين وان انكر الرسالة ولم تقم عليه
البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان المخاطب فضوليا ولم يرض الزوج بما صنع
فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها اياه وقال الامر بذلك فالنكاح لازم
للزوج ان اقر به او قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان لانه ضمن زعيما
بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلناه وللمراة على الرسول نصف
الصداق من قبل انه اقر بانه فلاس وان النكاح جايز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب
الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول رحمهما الله وما ذكر هناك
قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد رحمهما الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا في قول ابي حنيفة وابي يوسف
الاول فينفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول ويسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل ايضا
وعلى قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجبا على الزوج ويكون
الكفيل مطالبا به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح لا يكون طلاقا
فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية انه انكر وجوب الصداق عليه وهو مالك
لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكتسبه فيجعل مسقطا فيما يملكه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف
الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامنا لنصف الصداق قال فان كان الرسول
قال انا امرني ان ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة
بمنزلة الاذن في الابتداء ان ابى الزوج ان يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان اصل السبب انتفى
برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل قال وان امر ان
يزوجه امراة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج اجازه وان شاء رده لانه
اتى بخلاف ما امره فكان مبتديا فيتوقف عقده على اجازته فان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار ايضا
لان دخوله بها كان باعتبار انه امتثل الوكيل امره فلا يصير راضيا بما خالفه فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق
قبل العلم به فكان على خياره ان شاء اقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من مثلها ومن المسمى
لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول بالنكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى
ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامة قال فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم
يدخل الزوج واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره على
نفسه انه امره بذلك وهذا لان انكار الزوج الامر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد اصلا كما بيناه في الفصل الاول
قال فان قال الرسول انا اغرم المهر الزايد للزوج لم يكن له ذلك الا ان يشاء الزوج لانه فيما باشره من العقد
غير ممتثل امره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي لا يملك ان يلزمه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع
باداء الزيادة فلا بد من ان يجب على الزوج اولا لان المسمى في العقد والصداق مطلقا يجب على الزوج وقد تعذر
الزام الزوج ذلك والعقد انما ينفذ بعد الرضا به قال واذا وكل الرجل الرجل ان يزوجه امراة فزوجها وضمن لها عنه المهر

جاز ذلك

قد امره

المهر

دا انكاره اصل النكاح

ومن مهر مثلها من المسمى

صداق

جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير امره فانه امره بالنكاح والامر بالنكاح لا يكون امرا بالتزام الصداق
لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر فلا يلتزمه ومن ضمن عن غيره دينا بغير امره لم يرجع به عليه لانه متبرع بالضمان كذلك
بالاداء فان كان امره بذلك رجع عليه كما لو امره بالاداء قال وسواء كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على
التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خاص شرائط النكاح وانما اشتراط الشهود في النكاح لانه يتملك
به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود وذلك لا يوجد في التوكيل فان البضع لا يتملك بالتوكيل فهو بمنزلة التو
كيل بسائر الحقوق قال واذا دخل على الرجل غير امراته فدخل بها وقد امر الوكيل بالنكاح فالوكيل اخبره بانها امراته و
تبين انها لم تكن امراته فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امراته وخبر الواحد
في المعاملات حجة فيصير شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه
ولا نفقة في عدتها ما تبقى المعتدة في النكاح الصحيح تقضي على رضي الله عنه في الوطء بالشبهة لان الحداد لاظهار التحزن
على فوت نعمة النكاح وذلك لا يوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة باعتبار ملك
اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود في الوطء بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتا من النفقة باصل النكاح ولم يكن
لها عليه نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي ادخلها عليه لانه وجب عليه عوضا
عما استوفى وهو الذي نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر اخبره بالكذب من غير ان
ضمن له شيئا وهذا القدر من الغرور لا يثبت له الرجوع عليه لكن اخبره غيره بامن الطريق حتى سلك فيه فاخذ
اللصوص متاعه لا يرجع عليه فكذا هذا قال فان كانت هذه ام امراته حرمت عليه امراته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق
لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به على احد ايضا لما قلنا وان كانت ابنة امراته حرمت
عليه امراته بالمصاهرة وله ان يتزوج التي دخل بها لان مجرد العقد على الام لا يوجب حرمة الربيبة وليس له ان يتزوج
ام التي دخل بها لان الدخول بالابنة يحرم الام على التابيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود
العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولو كانت هذه اخت امراته او ذات محرم من امراته لم يقرب امراته حتى
تنقضي عدتها لان اختها معتدة منه فلو قربها كان جامعا ماءه في رحم اختين وذلك لا يجوز والله اعلم

باب الاكفاء

قال العلماء الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب الا على قول سفيان الثوري رحمه الله فانه كان يقول لا تعتبر الكفاءة
من حيث النسب وقيل انه كان من العرب فتواضع وراى الموالي اكفاء له وابو حنيفة رحمه الله كان من الموالي فتواضع ولم
ير نفسه كفوا للعرب وحجته في ذلك قوله عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل
بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال عليه السلام كلكم بنو آدم طف الصاع لم يملا
وقال الناس كابل مائة لا تكاد تجد فيها راحلة فهذه الاثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن بطا به عمله
لم يسرع به نسبه وخطب ابو طيبة امراة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال عليه السلام زوجوا ابا طيبة الا تفعلوه
تكن فتنة في الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من الانصار فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامركم ان تزوجوني وان سلمان خطب ابنة عمر رضي الله عنهم فهم ان يزوجها
منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء

لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء وما زالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للمبارزة عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا ابناء قوم كرام ولكنا نريد اكفاءنا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبروه بذلك فقال عليه السلام صدقوا وامر حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث رضوان الله عليهم بان يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي النكاح اولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتاسيس القرابات وذلك لا يتم الا بين الاكفاء وفي اصل الملك على المراة نوع ذل واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال عليه السلام ليس للمومن ان يذل نفسه وانما جوز ما جوز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لا يكافيها زيادة الذل ولا ضرورة هنا في هذه فلهذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الاثار التي رواها في احكام الاخرة وبه نقول ان التفاضل في الاخرة بالتقوى فتاويل الاحاديث الاخذ الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لا الالزام وبه نقول انه عند الرضا يجوز العقد حكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح اصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدم فلان لا تعتبر في النكاح اولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبر في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر والذمي لا يدل ذلك على انه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة اشياء احدها النسب وهو على ما قال قريش اكفاء بعضهم لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون فافضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم اكفاء الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضي الله عنها وكانت عدوية وزوج ابنتيه من عثمان رضي الله عنه وكان عبشميا فعرفنا ان بعضهم اكفاء لبعض وروي عن محمد رحمه الله انه قال الا ان يكون نسبا مشهورا نحو اهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافيهم وكانه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام اصل الكفاءة والعرب بعضهم اكفاء لبعض فان افضلية العرب لكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال عليه السلام حب العرب من الايمان وقال عليه السلام لسلمان لا تبغضني فقال وكيف ابغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفوءا لقريش والمولى لا يكون كفوءا للعرب كما قال عليه السلام والموالي بعضهم اكفاء لبعض وهذا لان الموالي ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان حين تفاخر جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام ثم من كان من الموالي وله ابوان في الاسلام فهو كفو لمن له عشرة اباء لان النسبة تتم بالانتمام الى الاب والجد فمن كان له ابوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب في الاسلام ومن اسلم ابوه لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان هذا احتجاج للنسبة الى الاب الكافر وذلك منهي عنه لما روي ان رجلا انتسب الى تسعة اباء في الجاهلية فقال عليه السلام هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف الثاني الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون كفوا لامراة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا لحرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون كفوا لامراة لها ابوان في الحرية وهذا لان

الرق اثر من اثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة اصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روي عن ابي يوسف
رحمه الله ان الذي اسلم بنفسه او اعتق او احرز من الفضائل ما يقابل نسب الاخر كان كفوا له والثالث الكفاءة من
حيث المال حتى ان من لا يقدر على مهر امراة او نفقتها لا يكون كفوا لها لان المهر عوض بضعها والنفقة ترتفع به
حاجتها وهي الى ذلك احوج منها الى نسب الزوج فاذا كان ينعدم الكفاءة بضعف نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة
اولى وعن ابي يوسف رحمه الله قال اذا كان يقدر على ما يعجل لها ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفوا
لها واما اذا كان قادرا على المهر والنفقة كان كفوا لها وان كانت المراة صاحبة مال عظيم وبعض المتاخرين اعتبر
الكفاءة في كثرة المال لحديث عائشة رضي الله عنها رايت ذا المال مهيبا ورايت ذا الفقر مهينا وقالت ان احساب
اهل الدنيا المال والاصح ان ذلك لا يعتبر لان كثرة المال في الاصل مذموم قال عليه السلام هلك المكثرون الا من
قال بماله هكذا وهكذا يعني تصدق به والرابع الكفاءة في الحرف والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك غير معتبر
اصلا وعن ابي يوسف رحمه الله انه معتبر حتى ان الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفوا لبنت البزاز
والعطار فكانه اعتبر العادة في ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الناس اكفاء الا
الحائك والحجام ولكن ابو حنيفة رحمه الله قال الحديث شاذ لا يوخذ به فيما تعم البلوى والحرفة ليست بشيء لازم
فالمرء تارة يتجر بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب فانه لازم له وذل الفقر كذلك فانه
لا يفارقه والخامس الكفاءة في الحسب وهو مروي عن محمد رحمه الله قال هو معتبر حتى ان الذي يسكر فيخرج فيستهزئ
منه الصبيان لا يكون كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات وكذلك اعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون
كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات الا ان يكون مهيبا يعظم في الناس وعن ابي يوسف رحمه الله قال الذي
يشرب المسكر فان كان يسر ذلك ولا يخرج سكران وان كان يعلن ذلك لم يكن كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات
ولم ينقل عن ابي حنيفة رحمه الله شيء من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه قال
واذا زوجت المراة نفسها من غير كفوء فللاولياء ان يفرقوا بينهما لانها الحقت العار بالاولياء فانهم يتعيرون بان ينسب
اليهم بالمصاهرة من لا يكافيهم فكان لهم ان يخاصموا لدفع ذلك عن انفسهم ولا يكون التفريق بينهما
الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء
القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء رضي الله عنهم فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون
التفريق الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان اصل
النكاح انعقد صحيحا في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الاولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فيتوقف
عليه احكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل
الفسخ لاصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخا لاصل النكاح عندنا لا يكون تصرفا فيه ولان
الطلاق الى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على
وجه النيابة عنه فلا يكون طلاقا فاذا لم يكن طلاقا قلنا لا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها او
خلا بها فلها ما سمى من المهر وعليها العدة لان اصل النكاح كان صحيحا فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول

او بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد في انه لا يكون كفوا للحرة لان الرق فيهما قايم قال عليه السلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم قال واذا تزوجت المراة غير كفو فرضي به احد الاولياء جاز ذلك فلا يكون لمن هو
مثله في الولاية او ابعد منه ان ينقضه الا ان يكون اقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال ابو يوسف
رحمه الله في نوادر هشام اذا رضي احد الوليين بغير كفو فللولي الاخر الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي رحمه الله انما يتحقق هنا
وجه قولهم ان طلب الكفاة حق جميع الاولياء فاذا رضي منهم واحد فقد اسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه
في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا ابرا احدهم او ارتهن رجلان عينا ثم رده احدهما او سلم
احد الشفيعين الشفعة او عفا احد الوليين عن القصاص من يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف ام
جماعة وصدقه احدهم كان للباقين المطالبة بالحد والدليل عليه انها اذا زوجت نفسها من غير كفو كان للاو
لياء ان يفرقوا بينهما ولم يكن رضاها بعدم الكفاة مسقطا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو
غير محتمل للتجزي لانه ثبت بسبب لا يحتمل التجزي فيجعل كل واحد منهم فيه كالمنفرد به كما في الامان فان فيه ابطال حق
الاستغنام والاسترقاق ثم يصح من واحد من المسلمين في حق جماعتهم للمعنى الذي قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح
في حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط في حق المسقط فمن ضرورة سقوطه في حقه سقوطه
في غيره لانه لو لم يسقط في حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حقه غير مستوفي [illegible] وذلك لا يجوز ولانه لما لم
يبق بعد السقوط لا يتمكن الاخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه يتجزى في نفسه وبخلاف الرهن فاما لو بقينا حق
الاخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه يتبين ان الحق متعدد هناك وكذلك في الشفعة وفي القصاص لما لا يحتمل
التجزي لا يبقى بعد عفو احدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزي وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لا يحتمل السقوط
ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشي لا يكون اسقاطا له فنظيره
ما نحن فيه ان لو ادعى احد الاولياء ان الزوج كفو واثبت الاخر انه ليس بكفو فيكون له ان يطالب بالتفريق واما اذا
رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء
صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافيهم واحدهما غير الاخر فلم يكن اسقاط احدهما موجبا سقوط الاخر
الا ترى انه قد يثبت الخيار لها في موضع لا يثبت للاولياء على ما بينته في اخر الباب ومتى فرق بينهما بعد الدخول بعدم
الكفاة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت مستحقة النفقة في اصل النكاح فيبقى
ذلك ببقاء العدة وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة
انشاء كان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التاكد ولانه يحتاج الى الخصومة في المطالبة
وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتاخيره لها الى ان يتمكن منه لا يكون مبطلا حقه قال واذا زوجها
الولي غير كفو ثم فارقت فيه ثم تزوجته بغير ولي كان للولي ان يفرق بينهما لان العقد الثاني غير الاول وقد رضاه
بالعقد الاول بينهما لا يكون رضا بالعقد الاخر كما ان رضاه برجل لا يكون رضا برجل اخر وانه زوجت نفسها
منه بعد ذلك قال واذا تزوجت المراة غير كفو ثم جاء الولي فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر

تقرير الحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا الا ترى
ان مثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلان يكون رضا بالعقد ابتداء كان اولى وان لم يفعل هذا ولكنه خاصم زوجها
في نفقتها او في بقية مهرها عليه بوكالة منها ففي القياس هذا لا يكون رضا لانه خاصم في ذلك ليظهر عجز
الزوج عنه وهو احد اسباب عدم الكفاءة فاسقاطه باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقرير الحق لا اسقاطا
وفي الاستحسان يكون هذا رضى بالنكاح لانه انما خاصم في المهر والنفقة ليستوفي ولا استيفاء يبتنى
على تمام العقد فتكون خصومته في ذلك رضى منه بتمام العقد بينهما قال واذا تزوجت المرأة غير كفوء و
دخل بها وفرق القاضي بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلة في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا مهر لها عليه وعليها تكملة العدة الاولى وعند زفر
لا عدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية في النكاح الاول ثم تزوجها في العدة فطلقها
قبل الدخول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب المهر الثاني كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر
رحمهما الله يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها الا ان عند محمد رحمه الله يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر
قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم
عليهن من عدة تعتدونها في النكاح الثاني الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثاني غير مبني
على الاول والدخول في النكاح الاول لم يجعل كالدخول في النكاح الثاني الا ترى ان صريح الطلاق يبينها فصار
في حق العقد الثاني كان الاول لم يوجد اصلا الا ان محمدا رحمه الله يوجب بقية العدة الاولى احتياطا لان تلك
العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثاني كالمعدوم وزفر رحمه الله يقول العدة الاولى
قد سقطت بالنكاح الثاني والساقط من العدة لا يعود وتجدد وجوب العدة يستدعي تجدد السبب
وهما وابو حنيفة وابو يوسف قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد كمال يجب
العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراش تبقى ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه في يده
حكما فيصير قابضا بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح
سواء وجد الدخول او لم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتماده على حصول البينونة بصريح الطلاق
فان بعد الخلوة صريح الطلاق يبينها ويكون النكاح متأكدا في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم
اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لا تأثير لتجدد العقد في براءة الرحم وقد كان يتوهم
الشغل ثانيا حتى اوجبنا العدة عند الفرقة الاولى وهذا على قول محمد رحمه الله الزم لانه يلزمها بقية العدة
الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تتجزى في الوجوب وعلى هذا الاصل لو كانت الفرقة بسبب اللعان او بخيار
البلوغ او بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا او كان دخل بها بشبهة ثم تزوجها
نكاحا صحيحا فالعدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثاني فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر
بالاتفاق لان صيرورته قابضا باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون الا ترى ان
الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك لكن العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فتبقى

معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كانت العقد الثاني صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة فيما
بينهما الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم جميعا كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله في العقد والمتقدمة لانه لم
يبق له عليها ملك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية اخرى سواء قال واذا تزوجت المراة رجلا خيرا
منها فليس للولي ان يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولي لا يتعير بان يكون تحت الرجل
من لا يكافيه ولان نسب الولد يكون الى الاب لا الى الام الا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابيه ابراهيم صلوات
الله عليه لا من قوم هاجر وكذلك ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطيا
واولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة قال واذا انتسب الرجل لامراة بغير اسمه وانتسب لها الى غير نسبه
فتزوجته فالمسالة على ثلاثة اوجه احدها ان يكون النسب المكتوم افضل مما اظهره بان اخبرها انه
من العرب ثم تبين انه من قريش ففي هذا لا خيار لها ولا للاولياء لانها وجدته خيرا مما شرطت فهو كمن
اشترى شيئا على انه معيب فاذا هو سليم والثاني اذا كان نسبه المكتوم دون ما اظهره ولكن هو بالنسب
المكتوم غير كفو لها بان تزوج قرشية على انه من قريش ثم تبين انه من العرب او من الموالي ففي هذا لها
الخيار وان رضيت هي فللاولياء ان يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة والثالث اذا كان النسب المكتوم دون ما اظهره
ولكنه في نسبه المكتوم كفو لها بان تزوج عربية على انه من قريش ثم تبين انه من العرب ففي هذا ليس
للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن انفسهم حتى لا ينسب
اليهم بالمصاهرة من لا يكافيهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت
فارقته عندنا وقال زفر لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق في المطالبة بالكفاءة وهي غير موجودة و
لكنا نقول شرطها زيادة منفعة وهو ان يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان
لها الخيار كمن اشترى عبدا على انه كاتب او خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان في الاستفراش ذلا في جانبها
والمراة قد ترضى بالاستفراش من هو افضل منها ولا ترضى بالاستفراش من هو مثلها فاذا ظهر انه
غيرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم
الكفاءة فقط وللشافعي في هذه المسئلة ثلاثة اقاويل قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله وقول اخر
ان النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكنا نقول الاشارة مع
التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة ابلغ وهذا ونحوه يستدل على قلة فقهه
فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه فان من سئل عن طريق اصلا قال وان كان فقال اما من هذا الجانب
واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة يعلم انه لا علم له بالطريق اصلا قال وان كانت المراة
هي التي غرت الزوج وانتسبت الى غير نسبها فلا خيار له اذا علم وهي امراته ان شاء طلقها وان شاء امسكها
لما بينا انه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها الا في نفسه والغرض ولده ولانه يتمكن
من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار له والله اعلم

باب النكاح بغير شهود

قال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وفيه اخذ علماؤنا رحمهم الله وكان مالك

وابن ابي ليلى